

L  
342.4  
Poy

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID  
Facultad de Ciencias Políticas y Sociología  
Departamento de Ciencia Política y de la Administración

R. 48141

**LA INTERACCION ENTRE NORMA  
CONSTITUCIONAL Y REALIDAD  
POLITICA EN LA DINAMICA DE LOS  
SISTEMAS POLITICOS**

**DONATIVO**

Ana Poyal Costa  
Madrid, 1991

Colección Tesis Doctorales. N.º 311/91

X-53-082677-0

© Ana Poyal Costa

Edita e imprime la Editorial de la Universidad  
Complutense de Madrid. Servicio de Reprografía.  
Escuela de Estomatología. Ciudad Universitaria.  
Madrid, 1991.

Ricoh 3700

Depósito Legal: M-42068-1991



La Tesis Doctoral de D.<sup>a</sup> ANA POYAL COSTA

Titulada *La interacción entre norma constitucional y realidad política en la disolución de los sistemas políticos*

Director Dr. D. Ramon COTARELO

fue leída en la Facultad de CC Políticas y Sociología  
de la UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID, el día 15.  
de Febrero de 1991, ante el tribunal

constituido por los siguientes Profesores:

PRESIDENTE D. Manuel PASTOR MARTINEZ

VOCAL D. Andrés de BLAS GUERRERO

VOCAL D. Faustino FERNANDEZ-MIRANDA ALONSO

VOCAL D. Enrique ALVAREZ CONDE

SECRETARIO Miguel A. RUIZ de AZUA ANTON

habiendo recibido la calificación de

..... APTO. CUM LAUDE POR MAYORÍA

Madrid, a 15 de febrero de 1991.

EL SECRETARIO DEL TRIBUNAL.

Miguel A Ruiz de Añó

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID  
FACULTAD DE CIENCIAS POLITICAS Y SOCIOLOGIA  
DEPARTAMENTO DE CIENCIA POLITICA Y DE LA ADMINISTRACION

-----

LA INTERACCION ENTRE NORMA CONSTITUCIONAL Y REALIDAD POLITICA  
EN LA DINAMICA DE LOS SISTEMAS POLITICOS

DIRECTOR: Dr. RAMON COTARELO

-----

TESIS DOCTORAL PRESENTADA POR: D<sup>a</sup>. ANA POYAL COSTA

ENERO, 1991



INDICE

# INDICE

|  | página |
|--|--------|
| - INDICE.....  | 1      |
| - INTRODUCCION.....  | 1      |
| <br><b>TEMA I. LAS CONSTITUCIONES Y LA REALIDAD POLITICA</b>               |        |
| 1. LAS CONSTITUCIONES EN LAS REVOLUCIONES.....                             | 2      |
| 1.1.- INTRODUCCION.....  | 2      |
| 1.2.- REVOLUCION INGLESA.....  | 7      |
| 1.3.- REVOLUCION AMERICANA.....  | 18     |
| 1.3.1.- Introducción.....  | 18     |
| 1.3.2.- Desarrollo y naturaleza.....                                       | 20     |
| 1.4.- LAS CONSTITUCIONES REVOLUCIONARIAS FRANCESAS.....                    | 25     |
| 1.4.1.- Introducción.....  | 25     |
| 1.4.2.- Constituciones revolucionarias francesas<br>en el siglo XVIII..... | 27     |
| 1.4.3.- Constituciones en el siglo XIX.....                                | 34     |
| 1.4.4.- La Revolución de 1848 y sus efectos.....                           | 38     |
| 2. DERECHO EXCEPCIONAL.....  | 43     |
| 2.1.- INTRODUCCION.....  | 43     |
| 2.2.- DERECHO EXCEPCIONAL : SU NATURALEZA.....                             | 44     |
| 2.3.- ESTADO DE EXCEPCION.....   | 48     |
| 2.4.- LA DICTADURA CONSTITUCIONAL.....                                     | 51     |
| 3. LA SUSPENSION CONSTITUCIONAL.....                                       | 56     |
| 3.1.- INTRODUCCION.....  | 56     |
| 3.2.- DEFINICION Y NATURALEZA DE LA SUSPENSION<br>CONSTITUCIONAL.....      | 56     |
| 3.3.- DIVERSOS CASOS DE SUSPENSION.....                                    | 58     |

|                        | página |
|------------------------|--------|
| 4. RECAPITULACION..... | 67     |
| 5. NOTAS.....          | 78     |

## TEMA II. LA CONSTITUCION COMO PROGRAMA

|  |     |
|--|-----|
| - INTRODUCCION.....  | 88  |
| 1. NORMAS PROGRAMATICAS.....   | 90  |
| 1.1.- INTRODUCCION.....  | 90  |
| 1.2.- EFICACIA JURIDICA DE LAS NORMAS PROGRAMATICAS.....               | 91  |
| 1.3.- DERECHOS HUMANOS Y NORMAS PROGRAMATICAS<br>CONSTITUCIONALES..... | 94  |
| 1.4.- ALGUNOS EJEMPLOS DE NORMAS PROGRAMATICAS.....                    | 96  |
| 1.4.1.- La Constitución Italiana de 1947.....                          | 99  |
| 2. DECLARACIONES DE DERECHOS.....                                      | 103 |
| 2.1.- INTRODUCCION.....  | 103 |
| 2.2.- ORIGENES DE LAS DECLARACIONES DE DERECHOS.....                   | 105 |
| 2.3.- DECLARACION DE DERECHOS DE 1789.....                             | 108 |
| 2.4.- EVOLUCION DE LOS DERECHOS.....                                   | 111 |
| 2.5.- RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS SOCIALES Y<br>ECONOMICOS.....     | 113 |
| 2.6.- MOVIMIENTOS OBREROS Y DERECHOS SOCIALES.....                     | 116 |
| 2.7.- EFICACIA DE LAS DECLARACIONES DE DERECHOS.....                   | 121 |
| 3. RECAPITULACION.....   | 127 |
| 4. NOTAS.....  | 133 |

## TEMA III. CAMBIOS EN LA CONSTITUCION : REFORMA CONSTITUCIONAL

|   |     |
|---|-----|
| - INTRODUCCION.....   | 141 |
| 1. CONEXION ENTRE REFORMA CONSTITUCIONAL Y REALIDAD.....  | 143 |
| 2. LA REFORMA COMO INSTRUMENTO DE ESTABILIDAD Y DEFENSA<br>CONSTITUCIONAL.....                      | 149 |
| 3. UN CASO DE REFORMA CONSTITUCIONAL EN UN TEXTO<br>REVOLUCIONARIO : LA CONSTITUCION DE VEIMAR..... | 154 |

|  | página |
|--|--------|
| 4. LA REFORMA COMO PROBLEMA.....   | 160    |
| 4.1.- REFERENCIA AL SISTEMA ESPAÑOL COMO EJEMPLO.....                          | 165    |
| 4.2.- POSICIONES POLITICAS ACTUALES FRENTE A LA<br>REFORMA CONSTITUCIONAL..... | 171    |
| 5. RECAPITULACION.....   | 176    |
| 6. NOTAS.....  | 181    |

#### TEMA IV. LAS CONSTITUCIONES Y LA REALIDAD ECONOMICA

|  |     |
|--|-----|
| - INTRODUCCION.....  | 188 |
| 1. CIRCUNSTANCIAS ECONOMICAS EN EL PERIODO ENTRE<br>LAS GUERRAS MUNDIALES..... | 189 |
| 1.1.- INTRODUCCION.....  | 189 |
| 1.2.- DEPRESION ECONOMICA DE LOS AÑOS 30 Y SUS<br>CONSECUENCIAS.....           | 191 |
| 1.3.- SITUACION TRAS LA DEPRESION DE 1930.....                                 | 194 |
| 2. LA CONSTITUCION ECONOMICA.....  | 202 |
| 2.1.- DEFINICION.....  | 202 |
| 2.2.- TEORIAS SOBRE LA CONSTITUCION ECONOMICA.....                             | 209 |
| 3. LA CONSTITUCION MEXICANA DE 1917.....                                       | 213 |
| 4. LA CONSTITUCION DE WEIMAR DE 1919.....                                      | 217 |
| 5. ESTADO DE BIENESTAR : SITUACION DE CRISIS.....                              | 224 |
| 5.1.- CONSIDERACION CRITICA DE EL ESTADO DEL<br>BIENESTAR.....                 | 234 |
| 6. RECAPITULACION.....   | 245 |
| 7. NOTAS.....  | 251 |

#### TEMA V. JURCES Y CONSTITUCIONES

|                     |     |
|---------------------|-----|
| - INTRODUCCION..... | 261 |
|---------------------|-----|

|  | página |
|--|--------|
| 1. JUECES Y DERECHO.....   | 263    |
| 1.1.- INTRODUCCION.....  | 263    |
| 1.2.- EVOLUCION HISTORICA DEL PODER JUDICIAL.....                          | 267    |
| 2. JUECES Y PODER POLITICO.....  | 272    |
| 2.1.- FACTORES POLITICOS EN LOS SISTEMAS DE ACCESO<br>A LA JUDICATURA..... | 277    |
| 3. JURISDICCION CONSTITUCIONAL.....  | 287    |
| 3.1.- INTRODUCCION.....  | 287    |
| 3.2.- LOS SISTEMAS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.....                   | 289    |
| 3.2.1.- Sistemas concentrado y difuso.....                                 | 289    |
| 3.2.2.- Sistema francés : El Consejo<br>Constitucional.....                | 289    |
| 3.3.- POSICIONES CRITICAS.....   | 302    |
| 4. INTERPRETACION CONSTITUCIONAL.....                                      | 306    |
| 4.1.- INTRODUCCION.....  | 306    |
| 4.2.- CRITERIOS DE INTERPRETACION CONSTITUCIONAL.....                      | 308    |
| 4.3.- EL PODER JUDICIAL Y "POLITICAL QUESTIONS" EN<br>ESTADOS UNIDOS.....  | 312    |
| 5. RECAPITULACION.....   | 326    |
| 6. NOTAS.....  | 332    |

# TEMA VI. CASO ESPECIAL : LA EFICACIA DE LOS DERECHOS HUMANOS FRENTE A TERCEROS

|  |     |
|--|-----|
| - INTRODUCCION.....  | 343 |
| 1. SOBRE LA VALIDEZ Y EFICACIA DE LOS DERECHOS<br>FUNDAMENTALES..... | 345 |
| 1.1.- DOCTRINA GENERAL.....  | 345 |
| 1.2.- EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....                    | 349 |
| 1.3.- TEORIA DE LA DRITTVIRKUNG.....                                 | 354 |
| 1.4.- REFERENCIA A LA CONSTITUCION ESPANOLA DE 1978.....             | 365 |
| 2. EFICACIA DE LOS DERECHOS SOCIOECONOMICOS.....                     | 375 |
| 2.1.- INTRODUCCION.....  | 375 |

|   | página |
|---|--------|
| 2.2.- PROYECCION DE LOS DERECHOS ECONOMICOS EN<br>RELACIONES INTERPRIVATOS..... | 380    |
| 3. RECAPITULACION.....  | 391    |
| 4. NOTAS.....   | 395    |

TEMA VII. ANALISIS DE UN CASO PRACTICO : ART. 3 DE LA  
CONSTITUCION ITALIANA

|   |     |
|---|-----|
| - INTRODUCCION.....   | 402 |
| 1. CARACTERISTICAS Y DESARROLLO DE LA CONSTITUCION<br>ITALIANA DE 1947..... | 405 |
| 2. EL ARTICULO 3.2 DE LA CONSTITUCION.....                                  | 417 |
| 3. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....  | 422 |
| 3.1.- CIRCUNSTANCIAS POLITICAS E HISTORICAS.....                            | 422 |
| 3.2.- NATURALEZA Y FUNCIONES.....   | 426 |
| 4. REFERENCIA A LA TEORIA DEL USO ALTERNATIVO DEL<br>DERECHO.....           | 434 |
| 5. LA CONSTITUCION ECONOMICA.....   | 442 |
| 5.1.- SOBRE EL DERECHO AL TRABAJO.....                                      | 453 |
| 6. EL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD EN LA CONSTITUCION<br>ITALIANA.....          | 462 |
| 6.1.- EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA<br>CONSTITUCIONAL.....  | 468 |
| 7. RECAPITULACION.....  | 479 |
| 8. NOTAS.....   | 487 |

TEMA VIII. ANALISIS DE UN CASO PRACTICO : LA CONSTITUCION  
ESPAÑOLA DE 1978

|                     |     |
|---------------------|-----|
| - INTRODUCCION..... | 498 |
|---------------------|-----|

|  | página |
|--|--------|
| 1. EL ARTICULO 9.2.....  | 499    |
| 1.1.- ANALOGIAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL ARTICULO 9.2 DE LA<br>CONSTITUCION ESPANOLA Y EL ARTICULO 3.2 DE LA<br>CONSTITUCION ITALIANA..... | 503    |
| 2. LA IGUALDAD EN EL ARTICULO 9.2.....   | 507    |
| 2.1.- INTRODUCCION.....  | 507    |
| 2.2.- RELACION ENTRE EL ARTICULO 9.2 Y EL ARTICULO 14....  | 510    |
| 3. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL : CRITERIOS DE SU<br>JURISPRUDENCIA SOBRE LA IGUALDAD.....   | 514    |
| 3.1.- CASOS CONCRETOS DE APLICACION DEL PRINCIPIO<br>DE IGUALDAD EN MATERIA LABORAL Y ECONOMIA.....                                      | 520    |
| 3.2.- CARACTERISTICAS Y FACTORES POLITICOS DEL<br>PODER JUDICIAL.....  | 535    |
| 4. LA CONSTITUCION ECONOMICA.....  | 546    |
| 4.1.- DERECHOS SOCIOECONOMICOS EN LA CONSTITUCION<br>ESPANOLA.....   | 553    |
| 4.2.- INSTRUMENTOS ECONOMICOS.....   | 560    |
| 4.3.- REFERENCIA AL DERECHO AL TRABAJO.....  | 566    |
| 5. RECAPITULACION.....   | 571    |
| 6. NOTAS.....  | 580    |
| - CONCLUSIONES GENERALES.....  | 588    |
| - BIBLIOGRAFIA.....  | 611    |

## INTRODUCCION



## INTRODUCCION

### I. JUSTIFICACION

Ha sido problema clásico y fundamental de la Ciencia Política la preocupación por la eficacia real de las Constituciones. Si en la tradición teórico-política occidental en el campo jurídico, se han mantenido posiciones doctrinales que implican que el derecho constitucional es puramente teórico, retórico y que su incidencia en la realidad concreta es nula, también desde otras posiciones doctrinales se ha mantenido la eficacia directa de las Constituciones basándose en el análisis de hechos que demuestran que entre la realidad política y las normas constitucionales se da una interacción permanente. De este modo podemos enunciar con brevedad el contenido de esta tesis, en el entendimiento de que estos trabajos académicos sólo pueden aspirar a la calidad cuando cabe exponer su sentido de modo claro y conciso.

La aparición del constitucionalismo en occidente mantiene una relación dialéctica de causa-efecto con las realidades político-jurídicas que existen en ese momento en esa parte del mundo. Se trata de un proceso cambiante, por el que los textos van haciéndose más eficaces y útiles como instrumentos de regulación efectiva.

Dicho esto así, no nos apartaríamos de los enunciados al uso, admitidos en la ya larga tradición de estudios de Ciencia Política en materia constitucional. Nuestro punto de vista

pretende avanzar algo más, sosteniendo que la citada interacción entre textos constitucionales y realidades políticas tiene elementos específicos, que podemos llamar morfogenéticos. En términos breves: la realidad, el ser político, ejerce una función genética sobre los avances técnico-conceptuales del derecho constitucional; y a su vez, la vigencia de las constituciones cumple un contenido morfológico sobre el funcionamiento de los sistemas políticos. Un par de ejemplos aclarará definitivamente la cuestión:

1) El sistema político estadounidense no hubiera sido capaz de superar la crisis de la segregación/integración raciales si el Juez Marshall no hubiera recabado para el Tribunal Supremo el monopolio en la interpretación de la Constitución. 2) Alemania no sería hoy un solo país si la Ley Fundamental de 1949 no hubiera previsto dos vías para la unificación, según se tratara de un proceso ordinario o extraordinario.

Siguiendo con la terminología sistémica diremos que en su configuración morfogenética los dos elementos de la interacción, constituciones y fenómenos políticos persiguen una equifinalidad. Esta es, como resulta evidente, la conservación del equilibrio del sistema. Podemos, pues, identificar, -y así lo hacemos en nuestro trabajo-, aquellas circunstancias que afectan a la conservación del equilibrio ya sea para romperlo (mediante procesos extraordinarios como revoluciones, u ordinarios, como todo tipo de mutaciones) o para mejorarlo. Tratamos igualmente de identificar los cambios y transformaciones de los sistemas en la

variación de la interacción morfogenética en aquellos casos en que los cambios se miden a largo plazo.

Para la Ciencia Política esta investigación tiene una funcionalidad inherente puesto que permite estudiar, explicar y, por desgracia en menos medida, el funcionamiento de los sistemas políticos reales. Los sistemas políticos, como todos los sistemas por lo demás, tratan de sobrevivir y mantener su equilibrio resolviendo los problemas nuevos que se les plantean. El mecanismo esencial de resolución de retos de supervivencia en los sistemas políticos contemporáneos es la interacción entre constituciones y realidades políticas. En las segundas tienen lugar los procesos innovativos, mientras que las primeras son como recetarios o cristalizaciones de soluciones ya depuradas.

Poniéndolo, para finalizar en términos caros a la lingüística generativa, diremos que las constituciones son, en cuanto códigos, la acumulación de la "competencia" política, mientras que los fenómenos políticos son la "performance" política, la actualización de aquella competencia política y algo más, lo nuevo, la innovación, lo no previsto ni ensayado. En ese terreno incierto se mueve el "habla" política, la experimentación de sus formas, y acerca de él versa nuestro trabajo. Esto es, nuestra tesis es un intento de cartografía política del terreno de la dinámica política, donde todo está todavía por hacer.

El enfoque que preside esta tesis es nuevo, supone una aportación en tanto que tiene puntos de partida y llegada totalmente diferentes de los que presentan los numerosos estudios

existentes sobre textos constitucionales, y además los referidos a historia política, económica y social.

Parte de la dificultad de este trabajo ha sido establecer y seleccionar qué fases o estadios en la interacción de normas y hechos iban a ser objeto de análisis e investigación, es decir, fijar qué instrumentos constitucionales se consideran relevantes en relación a determinados hechos históricos.

En realidad el objeto de esta tesis suele ser más afición de los juristas que de los politólogos. Los juristas se mueven entre los dos extremos del más estricto positivismo y el también sociologismo radical. Pero tanto si reducen la interpretación de las normas a cuestiones de sentido positivo cual si de una analítica jurídica se tratase, como si la conectan con realidades de sentido del *Lebenswelt* fenomenológico, tienen tendencia a establecer el alfa y omega de su estudio en el contenido de los textos, y a afirmar la indubitable primacía de éstos tanto si proceden de la Razón pura como si aparecen contaminados por la Razón histórica. Los politólogos a su vez tienen tendencia a dividirse también en dos campos, esto es, quienes creen que la realidad política está hecha de individuos aislados, especie de mónadas racionales y es por tanto sólo comprensible en función del análisis de las motivaciones racionales del individualismo egoísta, y quienes piensan que las instituciones existen, desde luego, son cristalizaciones de quehaceres, acuerdos, convicciones y opiniones pasadas, pero están ahí solamente al servicio de las personas. Y todos estos dicen, con razón, están cultivando la Ciencia Política. En nuestra opinión, sin embargo, el quehacer

politológico ha de buscar un marco sincrético no entre las dos últimas actitudes, -fuera ello demasiado fácil y hasta convencional-, sino entre las cuatro. El científico político no puede ignorar las motivaciones personales desde la variante psicológica al cálculo económico (de LASSWELL a BUCHANAN), ni la función de las instituciones (de DUVERGER a SARTORI), pero tampoco puede dar de lado la perspectiva jurídica tanto en su extremo sociológico-histórico (de DUGUIT a FRIEDRICH) como en su fundamentación más abstractamente positivista (de KELSEN a STEVENS). Es un empeño ambicioso y difícil, pero entendemos merece la pena si se pretende progresar en una ciencia de objetos complejos. La perspectiva general, no obstante, es científico política y, sin renuncia a los otros elementos que constituyen un cuerpo integrado del saber, debemos advertir que los órganos, las instituciones y la perspectiva constitucionales no nos interesan aquí fundamentalmente en su vertiente jurídico-formal, sino en la político-material, aunque sin olvido del primer marco de referencia de carácter formalista.

En los estudios académicos, al igual que en el saber convencional de nuestros días, predominan dos pronunciamientos lamentablemente simples acerca de las relaciones entre los textos constitucionales y la realidad política, dando lugar a las dos consabidas escuelas en relación con los fenómenos políticos (la formalista y la sociológica), sino también a dos criterios interpretativos y/o explicativos muy extendidos que son defendidos en todo el arco de ocupaciones académicas, tanto por constitucionalistas como por politólogos, siendo posible encontrar representantes de ambos en los dos terrenos.

Según el primero, que podríamos llamar "realista", hay que admitir la manifiesta inoperancia de los textos constitucionales respecto de la realidad política; es decir, las Constituciones carecen de incidencia, de proyección efectiva en la realidad, y en ellas predomina el carácter retórico e ideal.

Este criterio "realista" es compartido por politólogos de extremo sociologismo y juristas de exacerbado positivismo. En apariencia, el "realismo", muy acusado en algunas curiosas manifestaciones práctico-doctrinales del pasado, como la *Realpolitik*, es una actitud científica: no hay más realidad que la que se toca y se palpa, no hay más normas jurídicas que el derecho positivo de inequívoca interpretación directamente respaldable mediante el uso de la fuerza. En el fondo, esta actitud denota un esencialismo iluso que, al no admitir ninguna conexión entre el campo del ser -de la llamada "realidad"- y el del deber ser, entre los hechos y los valores, queda en el fondo reducido a la pura y mera defensa del orden constituido y heredado y de su imparable expansión mediante eso, el uso de la fuerza. La *Realpolitik* lleva directamente a los usos prácticos de la geopolítica en sus manifestaciones más condenables. De hecho, la versión más actual del "realismo" es la crítica a los derechos humanos en nuestros días por los mismos motivos por lo que se menosprecia la incidencia del derecho constitucional. Como si no fuera evidente que la crítica al carácter "retórico" de los derechos humanos, a la vista de su conculcación frecuente no es una crítica a tales derechos humanos, sino a quien o quienes los conculcan.

Según el segundo criterio, que podríamos llamar "programático", está fuera de duda la eficacia transformadora de aquellos textos, de forma que el voluntarismo sería lo que caracterizaría la eficacia de las Constituciones. Y, claro es, si malo es un extremo, igual sucede con el otro. La creencia en la eficacia inmediata, *eo ipso* de las fórmulas programáticas es una forma especialmente grave de nominalismo injustificado que, en sus manifestaciones más extremas, puede llevar a auténticas aberraciones. La razón basada en la fuerza, propia de la *Realpolitik* no es mucho peor que la fuerza basada en la Razón de los herederos del cartesianismo, dispuestos a injerirse permanentemente en los procesos empíricos con fórmulas salvíficas y a provocar resultados normalmente adversos.

## II. DESCRIPCION

De acuerdo con lo anterior, creemos que las Constituciones, incluso las primeras de la época contemporánea y que fueron producto de las revoluciones burguesas, trataban de fijar contractualmente nuevas libertades y nuevo status político del ciudadano. Los elementos morfogénéticos del origen del constitucionalismo burgués han sido suficientemente estudiados en las obras de WEBER, TAWNEY, MILL, McPHERSON, etc. Sobre el sustrato económico-social del mercado capitalista, hecho de agentes individuales en relaciones privadas de intercambio comercial que requieren un marco de seguridad jurídica, se establece el concepto de ciudadano como sujeto de derechos. No es casual que la 1ª declaración de Derechos de la época moderna, el

Bill of Rights venga después del 1-º y hasta ahora único intento de Constitución escrita para Gran Bretaña, o que la constitución escrita hoy en vigor más antigua del mundo sea la de los EE.UU., también luego de un agitado proceso de declaraciones de derechos como la de Virginia, que han sido paradigmáticas. Desde luego, el constitucionalismo moderno arranca de las revoluciones burguesas y a su vez estas son incomprensibles sin el proceso de constitucionalización de su mundo conceptual. Por ello tomamos esta primera interacción entre "mundo vital" burgués y textos constitucionales como el punto de arranque de nuestra investigación. Sin duda, tal interrelación histórica es suficientemente conocida, pero ello precisamente, nos permitirá ver los mecanismos ideológicos/conceptuales que latén en el origen del constitucionalismo burgués. Esta civilización es consciente de alcanzar el predominio político, económico y social sobre las ruinas del antiguo régimen y por ello precisa darle una fundamentación equiparable. Como la Revolución, *ex definitione* no puede ser consagrada, la alternativa a los principios inmutables de derivación divina sólo puede encontrarse en la misma esencia de la civilización burguesa: el contrato. Ahora bien, el contrato requiere libertad e igualdad entre las partes. De ahí que la hipótesis contractual que es la propia constitución, determine la libertad e igualdad de las partes proclamándolas ciudadanos. A la crítica inmediata de la invalidez de este procedimiento autónomo responderán los constitucionalistas diciendo que no hay tal y que la constitución es heterogénea desde el momento en que resulta ser la emanación de una voluntad ajena, exterior, anterior, la soberanía nacional a la que atribuye un poder originario, el poder constituyente. La teoría del poder constituyente es



evidentemente la conjunción morfogénica de la revolución burguesa y su manifestación constitucional. Así se ha ido luego transformando poderosamente la realidad hasta entonces existente. El impulso transformador de los textos y su vocación de reformismo social ha tenido diferentes estadios y diversos niveles de eficacia a lo largo del constitucionalismo.

Más adelante, mediante un estudio de índole práctica vamos a tratar de comprender qué hay de cierto en la sabiduría convencional; a través de una visión histórica, trataremos de explicitar cuáles han venido siendo las relaciones entre los textos escritos y las realidades que pretendían regular. A nuestro parecer, las mencionadas relaciones morfogénicas entre textos constitucionales y realidades políticas siguen dos líneas paralelas con intermitentes puntos de contacto de la más variada índole.

Línea a) Los textos constitucionales tienen también un proceso evolutivo de acuerdo con el desarrollo de sus propias especificaciones técnicas y depuración de prácticas por lo que van haciéndose más y más realistas, flexibles o más pragmáticos, en un intento de proyectarse y moldear la realidad. Al respecto, el derecho constitucional es una disciplina que ha tenido un impresionante desarrollo y aun promete más gracias a un procedimiento generamente aceptado de prueba y errores. Se trata de un movimiento que parte de lo que pudieron ser textos voluntaristas e ideológicos en una primera fase, hacia textos más vinculados al mundo real, conexos con hechos concretos, es definitiva instrumentales.

Línea b) Por otro lado, la dinámica política en el campo de los conflictos y su solución va generando mecanismos e instituciones que se introducen en los textos constitucionales, como derechos fundamentales, y garantías políticas, partidos políticos, nuevos derechos sociales y económicos, procedimiento de reforma, etc. Son los objetos de estudio de la ciencia política como disciplina aplicada que también ha conocido un impresionante progreso en el último siglo a partir del reconocimiento de la necesidad de gestionar sociedades complejas que admiten toda clase de gestión de conflictos, desde la solución hasta la no solución, pasando por la imposición, la exclusión, el acuerdo, el consenso, etc. El mayor desarrollo de la Ciencia Política, como cabría esperar pues era el campo más prometedor, se ha hecho en el terreno de la llamada ciencia política empírica, en relativo detrimento de la institucional y normativa. Aquella llegó a ser predominante en los años 60, sobre todo en función del exclusivismo conductista cuando todo marco de construcción teórica resultaba sospechoso. Hoy, sin embargo, tendemos a creer que el marco de construcción teórica de la Ciencia Política no puede ser distinto al de las demás ciencias sociales y su estudio como explicación/interpretación de los fenómenos políticos, justificados con los parámetros ordinarios de las ciencias sociales, han de entrar en el campo constitucional para colaborar en lo que no puede entenderse sino como el fin único del reconocimiento científico: mejorar la condición humana en la tierra.

En un terreno más específico, la 2ª línea de la interacción, por lo tanto, trata de conseguir el ajuste entre los hechos

reales y el ordenamiento jurídico así como la vitalización del diálogo entre realidad política y normas constitucionales, para evitar que estas queden anquilosadas o convertidas en letra muerta.

En nuestra opinión, estas dos facetas de la interacción entre texto y realidad políticas, forman parte de un proceso de evolución sin final concreto señalado. El estudio histórico nos muestra que la adecuación entre textos y realidad progresa en eficacia, pero no se trata de alcanzar una determinada aproximación entre un texto imaginario, deseable, que está por diseñar, y una realidad concreta, ello sería contradictorio con nuestro planteamiento.

Se trata de un proceso vivo, cambiante, con la dinámica de los sistemas complejos. La carta constitucional que traza el comportamiento de un sistema, contiene las reglas de juego de los actores políticos y enuncia solemnemente los valores que orientan la acción colectiva e individual, no es como un cerebro artificial que un demiurgo misterioso hubiese emplazado en el cráneo vacío de un autómatas, sino que está hecha de la misma materia viva, tejidos y nervios (y no se toma la metáfora organicista más que como eso, como una metáfora; nada en nuestra opinión puede ser más dañino para la politología que el organicismo) de que también está hecho el sistema en su conjunto. La Constitución es parte del sistema político, tanto al menos, como los órganos que regula y los actores que en él toman sus decisiones o entran en conflicto. No hay, pues, constitución perfecta, como tampoco puede haber sistema político perfecto. El

hecho de que los seres humanos aspiren a ambos no se diferencia gran cosa de su también conocido anhelo por alcanzar la perfección en otros campos del hacer, como la sabiduría o la religión.

La Constitución es lo que quienes la interpretan dicen que es. Piénsase aquí de inmediato en los Tribunales Constitucionales y se hace bien. La Constitución es lo que los tribunales que monopolizan su interpretación dicen que es. Ahora bien, dichos tribunales forman parte del sistema político en su conjunto y, a la hora de interpretar la Constitución no pueden sino hacerlo de conformidad con el sentir mayoritario de los ciudadanos. De forma que, sin forzar grandemente las cosas, ni incurrir en sofisma, cabe decir que la Constitución es lo que la gente dice que es, a través de sus intérpretes más cualificados. O sea parte del sistema político, como antes se decía. Y parte cambiante respecto a ese mismo sistema político.

El punto de arranque de nuestro estudio que consta de ocho capítulos ha sido el Capítulo I, Las Constituciones y la realidad política que se centra en el análisis de cómo la realidad política, hechos ilegales o violentos, incide, modifica y transforma los textos constitucionales. Prueba de ello como hemos dicho, es que las primeras constituciones liberales surgen con las revoluciones burguesas y en ellas tienen su origen una serie de cartas que en general resultan inestables y de agitada vigencia.

En un segundo momento, que consta de los cinco capítulos siguientes, procedemos a la exposición detallada de nuestra tesis acerca de la interacción morfogénica entre Constituciones y realidad política. Para ello, hemos escogido algunas prácticas, institutos o procedimientos del derecho constitucional de nuestro siglo que han sido hitos doctrinales y, al mismo tiempo, han constituido resultados específicos de problemas y conflictos políticos determinados, esto es: Derecho excepcional, Normas programáticas, Declaraciones de Derechos, Reforma Constitucional, Derechos económicos y sociales, Poder y función judicial, Eficacia de los Derechos humanos frente a terceros y Cláusulas transformativistas.

Estos institutos, los más característicos y destacados del derecho constitucional contemporáneo, auténticos avances técnicos en la conciencia jurídico-política de nuestra época, tienen una naturaleza dual que los convierte en objetos preferentes de tratamiento en nuestra tesis. Esto es, de un lado son la respuesta y la solución que se ha aportado al tratamiento de problemas y conflictos de la realidad política, que en uno u otro momento han puesto en peligro la supervivencia de los sistemas políticos de que se tratara. Así, la Dictadura Constitucional y los regímenes excepcionales trataban de dar respuesta a las condiciones extraordinarias y altamente ideológicas por las que pasaron los sistemas políticos europeos de entreguerras en su peligro de conversión en dictaduras de hecho. Los procedimientos de Reforma Constitucional, sin duda el mecanismo constitucional más conocido y elaborado por los tratadistas, hasta el punto de que bien puede decirse es quintaesencia del contenido mismo de

nuestro trabajo, es la respuesta técnica a la periódica inadecuación de los institutos legales a la cambiante realidad política.

Los Derechos Económicos y Sociales en cuanto transformación radical de las declaraciones clásicas de derechos, reflejan el ascenso de las clases trabajadoras mediante la universalización del sufragio y del impuesto sobre la renta, y el advenimiento de sociedades postindustriales con estructuras políticas de Estados de Bienestar. La *Drittwirkung*, el último avance es la consecuencia de la progresiva individualización, el corporativismo y consociacionismo de nuestras sociedades segmentadas y complejas, donde ya no es posible adoptar medidas de solución de conflictos que no tomen en consideración los efectos frente a terceros. Las Cláusulas Transformativistas son los mecanismos constitucionales que reflejan el carácter eminentemente dinámico de nuestras sociedades, y responde a movimientos reales e intelectuales muy propios del tiempo en que hemos vivido, como la teoría del uso alternativo del derecho.

De otro lado, una vez que se implantan como tales institutos, mecanismos y recursos del derecho constitucional tras la correspondiente e inevitable etapa de debate doctrinal, llevan su vida propia, tienen sus dimensiones técnicas específicas, encajan de una u otra forma en el conjunto del ordenamiento jurídico-constitucional y, lo que es más importante, revierten luego como tales propuestas técnicas con afán regulador y normativizador sobre aquella realidad política de cuya conflictiva vida procedían. A esto y no a otra cosa nos referíamos al emplear la

metáfora organicista sobre la cual la Constitución es materia viva, la misma de que está hecho el sistema político.

En tercer lugar los capítulos finales VII y VIII, pretenden ser una propuesta de trabajo y aplicación de este modelo de análisis al comportamiento concreto de la interacción entre sistemas políticos y textos constitucionales, recogiendo para ello y como casos de análisis prácticos los artículos 3.2 de la Constitución italiana vigente, y el artículo 9.2 de la Constitución española, lo cual nos lleva al corazón mismo de nuestra investigación politológica.

Efectivamente, junto a la *Drittwirkung*, las cláusulas de transformación contienen *in nuce* todos los problemas, aciertos y ventajas, que pueden derivarse de una concepción que tenga en cuenta la interacción fructífera entre los textos constitucionales y las realidades políticas sobre las que se orientan y a las que regulan. Sobre ninguna de las dos hay un claro acuerdo doctrinal ni absoluta claridad jurisprudencial. Hemos decidido, no obstante, singularizar las cláusulas de transformación porque al tener dos ejemplos tan cercanos, el español y el italiano, permiten una perspectiva comparativa, nada desdeñable en estos asuntos y porque, por la misma razón, nos resultan especialmente próximos en España y, en consecuencia, cabe una mayor amplitud de tratamiento que en cualquier otro caso.

### III. METODO

El método que se ha seguido, es por necesidad, sincrético. las fuentes han sido fundamentalmente doctrinales y jurisprudenciales; es decir, se ha acudido a los tratadistas clásicos y modernos, a las escuelas teóricas más actuales, a las controversias doctrinales e ideológicas; se han utilizado los textos políticos y los documentos legislativos, y se ha considerado la incidencia de todo ello en la actividad jurisprudencial. Todo lo cual se ha abordado desde una triple perspectiva, histórica, formal y sociológica en busca de las más fructíferas relaciones de sentido entre ellas.

Se ha pretendido así, en primer lugar, dejar explícito el marco teórico general de la tesis y su desarrollo. Esperamos haber cumplido también nuestro propósito en la exposición de los dos casos prácticos citados. Nada nos satisfaría más que la seguridad de que las conclusiones obtenidas puedan ser de alguna utilidad desde el punto de vista de la Ciencia política, disciplina que, a nuestro entender, tiene un carácter eminentemente aplicado al servicio del bien común.

En cuanto a la metodología, debemos advertir a riesgo de reiteración que nuestro propósito es mostrar la interacción permanente entre las Constituciones y la realidad que éstas contribuyen a configurar. Pero existe una corriente de doble dirección, de influencia e incidencia, entre hechos y normas, por lo que se pueda hablar de un proceso en marcha, fluido y discontinuo, de aproximación entre la realidad y su



normativización en los términos morfogénéticos que hemos hablado. Ahora bien, de todo ello no cabe dar una explicación por vía monocausal. Dicha interacción y su resultado permanentemente provisional quizás sólo sea explicable mediante criterios tan multicausales, que resultan de difícil aplicación, lo cual no constituiría una conclusión halagüeña. Calibraremos mejor estos inconvenientes y dificultades tomando como ejemplo lo que a todas luces, es la cuestión más espinosa de nuestro tiempo y dejando de momento las demás para su tratamiento posterior. Nos referimos, como será evidente, a la relación contemporánea entre el Estado y la Sociedad en su conjunto y no sólo como sistema político, sino también como sistemas económico y social.

Así como no cabe hacer enunciado causal positivo alguno entre el orden práctico y el teórico, sí cabe detectar una tendencia a una relación más intensa desde el momento en que la historia del constitucionalismo es la historia de un crecimiento por expansión normativa de circunstancias y relaciones sociales anteriormente originadas.

Obsérvase, no obstante, unos elementos de crisis en esta postulada relación entre la teoría y la práctica desde el momento en que el aumento de formulación normativa comienza a verse, especialmente en el campo de las relaciones económicas, como hiperregulación, capaz de estrangular los elementos espontáneos a partir de los cuales se genera la acción social en cualquiera de sus manifestaciones más evidentes.

En la tesis sostenemos que el conflicto entre el avance normativo que venía siendo costumbre en Occidente desde el fin de la Segunda Guerra Mundial y las relaciones económicas fundamentales de la sociedad desarrollada, muestra que aquellos avances normativos pudieran haber agotado su capacidad transformadora, mientras el resto de las circunstancias sean como son.

La cuestión no es baladí y requiere consideración detallada, razón por la que hemos realizado este trabajo. El saber convencional acerca del avance del constitucionalismo contemporáneo por vía de ampliación de la normatividad ha imperado en Occidente casi sin disputa desde 1945 hasta los años 80. El control de constitucionalidad de las leyes, la regulación de los mecanismos de vinculación entre el Estado y la sociedad civil, como los partidos o los sindicatos, la financiación pública de inúmeras actividades de representación y participación políticas, los intentos de judicialización interna de los partidos, todo ello son desarrollos que apuntan en la misma dirección de ampliación del Estado de Derecho, en enriquecedor contacto con la tesis del Estado social y democrático.

En cierto modo, la expansión normativa, (que era del Estado) al hacerse a través de la Constitución identificaba a aquel con ésta. Ha sido la rebelión social de los 80 contra la hiperregulación de la sociedad, -muy especialmente del mercado-la que ha puesto en tela de juicio el conocimiento adquirido y generalmente compartido en los más diversos sectores doctrinales.

No es solamente que ya no haya autores que sean claros partidarios de la minuciosidad constitucional, de las Constituciones largas, (de hecho, las cláusulas de transformación querían ser interpretadas como un modo de atajar los inconvenientes de la prolijidad), es que se abre camino que es preciso replantear la relación clásica entre constitución formal y constitución material en claro e indiscutible beneficio de esta última. Hoy es el sistema político, económico y social el que, sometido a sus propias leyes de funcionamiento mercantil, determina el alcance y contenido de los textos constitucionales. Un sucinto recordatorio al respecto nos permitirá poner fin a esta introducción y dejar el problema planteado.

Sólo tras la Segunda Guerra Mundial se dieron en Europa las circunstancias favorables para la realización del programa de democracia social que se plasma en los textos constitucionales, los cuales, además de consolidar las libertades fundamentales, y establecer el imperio de la ley, pretendían una potencialidad transformadora económica y social en un sentido emancipador. El Estado de Bienestar en la segunda posguerra aplica sus programas sirviéndose incluso del pacto o clima de acuerdo existente entre los partidos debido al frente común opuesto al fascismo.

El origen pactista del Estado del Bienestar y sus características reformistas, sociales y económicas, se plantearon como conciliación y solución reformista entre el sistema comunista de planificación central y el capitalismo estricto de libre mercado sin intervención estatal. Todo lo cual permitió a esta fórmula política y su elaboración técnico-constitucional

sobrevivir a las dos graves crisis de 1973/76 y 1981/84, capaces de poner en cuestión el funcionamiento de las sociedades industriales avanzadas en un régimen de libertades democráticas y hacerlo gracias a sus mecanismos jurídico-políticos de garantías y protección. Ahora bien, tales mecanismos podrían haber agotado su eficacia y el hecho es que la crítica de los 80 al funcionamiento del Estado del Bienestar es, en muy buena medida, un ataque a su funcionamiento constitucional. No se trata sólo de que los autores más conservadores cuestionen la evolución del constitucionalismo de la posguerra en función de tipos ideales supuestamente corrompidos; es que se cuestiona la misma unidad operativa entre el Estado y la Sociedad, y se niega al primero el derecho a ser sujeto y objeto de la constitución; proponiendo devolver tal derecho a la sociedad.

Las crisis económicas, la práctica política y la aceleración de procesos de cambios (transnacionalización, regionalización, etc.) cuestionan la legitimidad, la eficacia, el planteamiento del Estado de Bienestar y su capacidad transformadora mediante los textos constitucionales. Por paradojas del destino, el Estado del Bienestar se considera hoy como un factor de inmovilismo.

El agotamiento de los nuevos avances normativos, de los mecanismos constitucionales que con una redacción completamente innovadora se dan en constituciones actuales, hace plantearse la siguiente alternativa: a) Se precisa una serie de reformas que modifiquen las relaciones fundamentales de manera que no resulten socavadas la voluntad y el espíritu transformador y reformista que se plasma en los textos. Sin olvidar, claro está, que la base

de legitimidad de tales transformaciones de las relaciones fundamentales ha quedado hoy reducida a la mínima expresión. Si es que no ha desaparecido sin más. b) O bien se admite que el ordenamiento no tiene voluntad de ir más allá de las circunstancias y el tiempo en que normativiza, y se renuncia a su proyección transformadora de la realidad social y económica. Lo cual, obviamente, le enfrenta con su propia lógica inherente, le arrebató su razón de ser y convierte el estudio de estas materias en conocimiento de letras muertas.

Parece más coherente la primera opción de modificar una serie de situaciones y relaciones que obstaculizan la plena eficacia y operatividad de los textos constitucionales, pero que hay que reconocer que presenta una serie de dificultades a nivel general que no resulta fácil superar. No siendo la menor de ellas que el hecho de que este propósito, así formulado, no es más que una repetición del que se enunció en su día para conseguir el avance de unas sociedades divididas, enfrentadas y conflictivas a sociedades más integradas, conciliadas y pacificadas, en la creencia de que sólo en estos términos son posibles órdenes políticos y sociales, humanos y racionales.

**I. LAS CONSTITUCIONES Y LA  
REALIDAD POLITICA**

## 1. LAS CONSTITUCIONES EN LAS REVOLUCIONES

### 1.1.- INTRODUCCION

El movimiento moderno de constitucionalismo que se sitúa al final del siglo XVIII, no ha tenido desarrollo continuado y gradual, sino que ha experimentado la influencia de los grandes movimientos revolucionarios, las guerras europeas, y en este siglo, las consecuencias del proceso descolonizador<sup>1</sup>.

Las grandes Constituciones que abren la edad contemporánea son el producto de sendos movimientos revolucionarios. Se puede afirmar que son las revoluciones burguesas las creadoras de las principales constituciones. Los ejemplos máximos son la Revolución inglesa del siglo XVII y la Revolución Francesa de 1789 que generaron textos constitucionales que inician el diálogo entre realidad política y los ordenamientos supremos y que responden a la idea contractual de fijar en un documento el nuevo modelo estatal basado en unos valores que se venían elaborando a lo largo de dos siglos anteriores, como la idea de la libertad y dignidad natural de todos los hombres, la idea de representación, pacto y contrato como origen del poder político, el imperio de la ley, la limitación del poder absoluto mediante la separación de poderes, la defensa contra la arbitrariedad, y la confianza en el progreso y en la libertad económica.

En Estados Unidos, el movimiento revolucionario que da lugar a un nuevo texto constitucional aún vigente, tiene igual base

ideológica y racionalista venida de Europa, pero posee los rasgos propios de un movimiento independentista y de enfrentamiento político y económico de las colonias inglesas con la metrópoli.

La tendencia pactista germinaba ya en la misma entraña del Renacimiento al establecer el principio de autonomía del hombre en la sociedad. Los monarcómanos, vinculados al espíritu religioso de su generación, habían establecido la idea de pacto entre monarquía y pueblo a partir de la tradición bíblica. Este criterio fue disipado por la trayectoria racionalista dominante en el siglo XVII. Se va gestando ya desde el siglo XVI un iusnaturalismo racionalista aplicado a la construcción lógica del Estado en la que se definen, no ya los derechos del monarca, sino la razón de ser, las características y los límites de la soberanía, o sea del Poder. Asimismo se afirman derechos innatos del hombre y no concedidos por el Estado, y que la autoridad política no tiene un origen divino sino que procede de la libre decisión de los hombres expresada por un contrato. Son los autores iusnaturalistas, (entre ellos, Altusio, Grocio, Suárez, Spinoza, etc. en primer lugar), los creadores de la teoría del contrato, con diversos matices y diferencias en sus enfoques doctrinales.

Concretamente R. Hooker (1594-1597), es el último teorizador político medieval conocedor de la doctrina de Santo Tomás y de los principios históricos que habían regulado la Constitución inglesa hasta los Tudor, pero en su obra *The Laws of ecclesial polity* presenta dos modernismos fundamentales: que la causa de la obediencia al Estado se debe buscar en la razón, y que no existe



sociedad política sin "composition and agreement", (Composición y acuerdo, o sea contrato). Hooker era pues, iusnaturalista y partidario del contrato, y en él pudieron vincularse a la vez, Hobbes, el defensor de la utilidad social del Estado, y Locke, el definidor del liberalismo moderno.

Si en Hobbes, para salir del "estado de naturaleza", incompatible con cualquier estado de civilización, era preciso que cada cual renunciara a su derecho natural a regirse libremente y lo pusiera mediante pacto en manos del Estado, Locke profundiza en la observación del nacimiento del hombre en estado de libertad, anterior a cualquier comunidad política, libertad guiada por la ley natural cuyo conocimiento está asegurado por la pura razón. Pero resulta conveniente constituir una comunidad política, basada en el consentimiento expreso o tácito. Luego hay una base individualista que singulariza esta defensa del contrato de otras posiciones anteriores; el pacto y la existencia de una libertad e igualdad originales, son pues las bases justificativas del Estado. Resulta innegable el origen contractual del poder político, y el Estado se justifica como empresa al servicio del ciudadano y del bien común. No se basa en la teoría de la represión de la ferocidad humana como en Hobbes, sino en el consentimiento libre del individuo para mantener la paz, la buena voluntad, la asistencia mutua, la conservación social, mediante una estructura que defienda el orden, la seguridad y la propiedad, fundamentales intereses burgueses.

Todo ello se pretende plasmar en los textos constitucionales que aparecen como documentos contractuales que garantizan las

conquistas burguesas de nuevos derechos y afirmación de los clásicos frente al Poder, aunque en esta primera etapa del Estado liberal sean evidentes contradicciones que por serlo, generarán luchas y agitación social, como el voto censitario que está en numerosos textos constitucionales, la aceptación de la esclavitud simultánea a la afirmación de la libertad e igualdad humana, y el control del aparato político por la clase burguesa unida a la nobleza.

La evolución de las ideas y de la estructura política hace que cronológicamente sea la Revolución inglesa la primera burguesa, y que las ideas racionalistas y enciclopedistas europeas llegadas a las colonias inglesas promuevan en éstas un nuevo orden constitucional, ya que el pensamiento de Locke, Montesquieu y Rousseau se plasmó en la realidad en el continente americano antes que en Europa.

Hacia 1770 la batalla que los enciclopedistas franceses llevaban a cabo contra los principios del Antiguo Régimen está ganada. La nueva generación alimentada en la Ilustración, alienta la insurrección de las colonias inglesas, anhela una transformación radical social, política y económica, y la burguesía en particular, considera llegado su momento histórico y se apresta a imponerse en la dirección y transformación del Estado.

La Revolución francesa fue la revolución burguesa por excelencia, y como comentaremos al término de esta Introducción transformó el mundo occidental.

Pero además de estas revoluciones burguesas creadoras de constituciones que reflejan contractualmente los logros políticos y económicos de la clase social que es su motor, se puede establecer, siguiendo a Mauriou, un paralelismo entre movimientos constitucionales y los deseos de las naciones de liberarse de gobiernos que pretenden recibir su poder de una fuente que no es el pueblo<sup>2</sup>. En determinados casos puede no ser así, surgiendo Constituciones que no están inspiradas en esas libertades. En la historia se dan ejemplos de pseudo-movimientos constitucionales que en realidad dirigidos por un poder arbitrario, generalmente monárquico, tratan de revestir formas democráticas y legitimarse; así ocurrió en Alemania en la segunda mitad del siglo XIX, en Austria entre 1859 y 1867, en la Rusia zarista, etc.

También los movimientos revolucionarios que conducen al surgimiento de una Constitución pueden vincularse a razones independentistas o de afirmación de conciencia nacional como es el caso de la Constitución de Estados Unidos de 1787, producto de una rebelión de los colonos contra Gran Bretaña y al mismo tiempo de una guerra de independencia.

Asimismo tras la Primera Guerra Mundial el movimiento constitucional es revolucionario y produce textos como la Constitución de Weimar de 1919; la revolución rusa de 1917 origina la Constitución de 1918. Alrededor de un siglo más tarde las revoluciones pro independencia de pueblos colonizados darán lugar a su vez movimientos constitucionales<sup>3</sup>.

Ahora bien, los efectos de las revoluciones en el marco constitucional, no sólo suponen el surgimiento de textos nuevos, sino que transforman y modifican los vigentes, a veces los derogan o los dejan en suspenso, y en numerosas ocasiones hacen desaparecer los existentes. A lo largo de este tema vamos a recurrir a los ejemplos prácticos que nos facilita la historia, así como a analizar la incidencia en las Constituciones de hechos políticos violentos o no, que sin ser revoluciones propiamente no están insertos en la legalidad constitucional, y comprobar qué mecanismos de defensa excepcional prevén los textos constitucionales ante situaciones de emergencia. Respecto a estas cuestiones citadas la historia desde el siglo XVIII, nos proporciona un campo de estudio del máximo interés.

## 1.2.- REVOLUCION INGLESA

Al igual que el sistema parlamentario inglés, su Constitución no escrita, el sistema del poder judicial, y tantas otras realidades políticas inglesas, la revolución tiene unas características propias y originales. Como señala García Cotarelo, la revolución inglesa que comienza a mediados del siglo XVII, se puede considerar la primera revolución burguesa si se exceptúa el triunfo de la burguesía de las Provincias Unidas en su lucha independentista, y tiene lugar en un contexto de discusión política sistemática, en la que lo más destacable es la formación de organizaciones de tendencia en el ejército de Cromwell. El *New Model Army* actúa en el proceso revolucionario como una especie de crisol en el que cristalizan las corrientes

típicas, antecedentes de las sociedades burguesas desarrolladas: un sector conservador, representado por los oficiales de Ireton y el propio Cromwell, un sector demócrata radical, representado por los *levellers* cuya cabeza es Lilburne, y por último, un sector comunista radical de carácter utópico, representado por los *diggers*, encabezados por Winstanley\*.

Generalmente se sitúa en la revolución inglesa del siglo XVII el origen de los partidos políticos, pero se suelen ignorar las formas de transición del ejército de Cromwell, para referirse al momento en que gracias al "Parlamento Largo" durante la restauración de los Estuardo, se introduce una serie de factores nuevos que indican un proceso de profesionalización de la política, entre los cuales se deben contar la formación de unas asociaciones estables, dotadas de programas políticos y con fines específicamente electorales: los *wighs*, y los *tories*\*.

También A. Pizzorusso destaca el carácter diferente y propio de la historia constitucional inglesa, ya que se produjo una evolución gradual de las formas de gobierno de la edad contemporánea- sin sacudidas violentas. Mientras en Europa continental, el advenimiento de la monarquía absoluta implicó una fractura entre feudalismo y modernidad, en Inglaterra los intentos realizados por los Tudor y los Estuardo para consolidar el absolutismo no prosperaron, por lo que se pudo dar una estrecha vinculación entre la forma de gobierno que se conoce como monarquía constitucional, y las instituciones de la época feudal. De todo ello, derivó una estabilidad excepcional del ordenamiento jurídico, fundado sobre principios constitucionales,

básicamente no escritos y forjados a lo largo de una evolución sin quiebras, todo lo cual posibilita la vigencia hasta nuestros días (aun con la inevitable actualización de sus significados normativos) de documentos arcaicos como la *Magna Carta* de 1215 o el *Statute de Tallagio non concedendo*, de 1297, así como la subsistencia de una continuidad formal -única en su género- entre un parlamento de tipo medieval, integrado por representantes de los estamentos feudales, y un parlamento de tipo moderno como es hoy la Cámara de los Comunes<sup>6</sup>.

Sin detenernos en el estudio histórico constitucional inglés que es un proceso tradicional, consuetudinario, de lucha entre la monarquía y el Parlamento, nos vamos a referir a los documentos constitucionales ingleses de más significación en su conexión con los actos revolucionarios, y que representan en la mayoría de los casos conquistas burguesas de nuevos derechos o restauración de algunos tradicionales que habían sido violados.

Entre 1625 y 1629 la tensión entre el rey y el Parlamento es muy intensa, y en 1628 los Comunes, bajo la dirección de Coke, Wentworth y Eliot, redactaron la *Petition of Rights* que contiene la primera relación de libertades individuales, y Carlos I se ve obligado a firmarlo. El documento se conforma como una restauración del Derecho conculcado sistemáticamente por los reyes<sup>7</sup>. Como señala Pritchett<sup>8</sup>, el Derecho Natural es invocado como limitación contra el rey, y para M. García Pelayo, este texto representa la primera limitación estatutaria al monarca desde el advenimiento de los Tudor.

El documento aparece como reacción y freno ante los abusos que se padecían, y que según la tesis parlamentaria han violado el Derecho, las costumbres y los estatutos del reino. Se fundamenta en textos concretos\* como la *Carta Magna* de 1215, el citado *Statutum de Tallagio non concedendo*, etc. Es decir, se apoya en las leyes antiguas del país, y en sí mismo, su contenido es una medida defensiva, y no propiamente revolucionaria.

La monarquía absoluta implantada como forma de gobierno por Carlos I, que disuelve las Cámaras en 1629, provoca una serie de reacciones de descontento que preparan el clima revolucionario. El rechazo por el rey del documento *Petition of Rights*<sup>10</sup>, favorece que la oposición al absolutismo aumente. En 1640 los nobles exigen una reunión del Parlamento, (Parlamento Largo), en donde la oposición está ya plenamente organizada y decidida a transformar por completo las bases constitucionales de la dinastía Tudor, y aniquilar el gobierno de consejo<sup>11</sup>.

Trascendental en esta lucha entre el Parlamento y el monarca es el documento *Nineteen Propositions*<sup>12</sup> en 1642, que demanda la sumisión total del rey y la del Consejo ante el Parlamento. Se pretende que sea el Parlamento el que apruebe el nombramiento de los consejeros ante quien prestarán juramento, y sustituir el gobierno del rey y el Consejo por la preeminencia del Parlamento.

La valoración de este documento es máxima pues constituye el detonante de la guerra civil que concluye con la ejecución del Rey el 19 de enero de 1649<sup>13</sup>. Como vemos, la relación entre las graves consecuencias, y hechos que se produjeron y el texto

constitucional comentado, es muestra evidente de la incidencia que sobre la realidad política inglesa tuvo dicho texto.

Tras el golpe revolucionario, se instaura un gobierno militar, y en plena revolución puritana, el ejército de Cromwell presenta en los Comunes el documento constitucional, *Agreement of the People*, tratando de someter al Parlamento. Quedó solamente en proyecto, pero sus principios fueron incluidos en *Instrument of Government*, la única Constitución escrita que ha tenido Inglaterra, documento elaborado por el Consejo de Oficiales del Protector, y promulgado en 1653<sup>14</sup>. El Protector reconocía la necesidad de la Constitución o acto fundamental en estos términos: "En todo Gobierno debe haber algo fundamental, algo como una "Gran Carta" permanente e inalterable; principalmente para oponerse a la arbitrariedad de los Parlamentos, los cuales, si hacen la ley, deben sin embargo, hallarse sometidos a la ley suprema<sup>15</sup>.

La República establecida bajo el protectorado de Cromwell, que duraría hasta 1660, no fue tal sino una dictadura, ya que en este período se suspenden las libertades individuales. Según Vicens Vives: "El *Instrument of Government* era la carta legal de una dictadura de tipo termidoriano, que asumió íntegramente Cromwell<sup>16</sup>". El análisis de este texto nos informa de que esta fórmula absolutista se distanciaba muy poco de la preconizada por Carlos I, aunque en el caso del Protectorado tenía un contenido social y religioso distinto<sup>17</sup>.



Humein dice sobre este documento: "El *Instrument* fue una tentativa vana que no pudo interrumpir la tendencia opuesta. En este punto se ha dicho con razón que Cromwell fue un precursor: trazaba la vía constitucional que debían seguir los anglosajones de América cuando formaron la gran nación independiente: el *Instrument of Government* de Cromwell es el prototipo de la Constitución de los Estados Unidos"<sup>11</sup>.

Las dificultades que Cromwell encontró fueron muchas y las diferencias entre el Protector y el Parlamento produjeron la disolución de éste. El documento sufrió numerosas alteraciones y violaciones, y en 1654, reunido un segundo Parlamento se redactó un nuevo documento, *The Humble Petition and Advice*. En él, como señala Keir, se refleja el sentimiento de que ningún texto constitucional pueda ser mantenido y válido si es radicalmente diferente del pasado, se pide que Cromwell 'asuma la corona, y se pretende crear una segunda Cámara'<sup>12</sup>.

Ciertamente, se trataba de un intento de vincular la figura del Protector con la institución monárquica, buscando volver a las raíces tradicionales, pero el proyecto resultó fallido<sup>20</sup>. Las luchas políticas continuaron, la existencia de la *Petition* no fue pacífica, y la anarquía siguió a la muerte de Cromwell.

Desde la perspectiva constitucional, los dos hechos más relevantes de este período de Restauración monárquica son: 1º) la aparición de los partidos políticos en Gran Bretaña, es decir, los "*Whigs*" y los "*Tories*" antecedentes de los partidos políticos de hoy en día, y 2º) que el Parlamento elegido en 1679, elaborara

el *Habeas Corpus Amendment Act*, que es un paso definitivo en el proceso de formulación legal de las libertades individuales, que finaliza tras las *Glorious Revolution*<sup>21</sup>.

Con la Restauración de la monarquía en 1660, se instaura un régimen que significa la vuelta al reinado del Derecho y la repulsa a todo gobierno arbitrario, fuese civil, monárquico o parlamentario. Carlos II y su sucesor Jacobo II, imbuidos de la doctrina de origen divino que ellos habían admirado en Francia, se indisponen cada vez más con el pueblo. En esta época se mantienen todas las conquistas parlamentarias y judiciales que hasta la guerra civil limitaban la prerrogativa regia en el aspecto legislativo y fiscal, pero no se mantienen en cambio las pretensiones al absoluto dominio del Consejo del Rey por parte del Parlamento. Perviven también las limitaciones realizadas en la jurisdicción conciliar (Cámara Estrellada, etc.), de modo que los Tribunales del Common Law se encuentran en posesión de sus antiguas esferas<sup>22</sup>.

La tensión entre Carlos II y el Parlamento era tal que en 1679 el rey lo disolvió y durante cuatro años hasta su muerte gobernó sin él, remediando sus necesidades económicas con ayuda de Luis XIV de Francia.

Los ingleses de 1680, recogiendo la tradición republicana y democratizante de los puritanos estimaban que la estructura del Estado descansaba en él poder legislativo al cual debían respeto sus demás órganos, incluso el poder ejecutivo real. Se defendía

un nuevo principio de derecho público: el del contrato, que debía prevalecer sobre la monarquía de derecho divino.

Defendían los intereses tradicionales burgueses: la libertad, la seguridad y propiedad del individuo, el cual debía estar amparado por el Estado y no coaccionado por sus instituciones.

Los problemas religiosos agravan la situación, y la oposición entre la Corona y el Parlamento culmina cuando Jacobo II, promulga en 1687 la Declaración de Indulgencia, que suspende en bloque una serie de estatutos concebidos por el Parlamento en defensa de la Iglesia anglicana. La consecuencia de tal documento fue una resistencia que si bien al principio fue pasiva, terminó en la Revolución de 1688. Vemos aquí de nuevo la capacidad transformadora de los textos constitucionales y su poder de alterar y modificar la realidad política de forma decisiva.

La revolución de 1688 fue el triunfo de la ley sobre el rey, logrado no por una minoría sediciosa como en 1649, sino por el cuerpo total de la nación, polarizada en dos oligarquías gubernamentales, los *Tories* y los *Whigs*. En el exterior el nuevo régimen representó la consolidación de la alianza de Europa contra el imperialismo y los principios absolutistas de Luis XIV, que de nuevo se hallaban enfrentados.

En esta revolución, las fuerzas políticamente activas que habían combatido entre sí, se unen para derrocar al rey e invitan a Guillermo de Orange a desembarcar con tropas en Inglaterra para apoyar al partido revolucionario; Jacobo II huye a Francia y

previo acuerdo de los dos partidos, en virtud de un pacto con el Parlamento inglés, cede la corona al Príncipe de Orange tras aceptar el *Bill of Rights* de 13 de Febrero de 1689. El advenimiento de la dinastía de Orange señala en Inglaterra la vuelta al régimen representativo.

Sobre la *Glorious Revolution* se ha afirmado, como dice G. Azcárate, que fue defensiva, como todas las de Inglaterra, ya que se invocó la tradición para destronar al monarca<sup>23</sup>. De este modo, la búsqueda del equilibrio entre la Corona y el Parlamento se cerraba con la clara victoria de éste en unos momentos en los que la monarquía absoluta, liberada de las limitaciones constitucionales, alcanzaba su cenit en toda Europa. El mismo autor, en su valoración de la Revolución de 1688, opina que lo sucedido en esa fecha significa el triunfo definitivo de la causa que se inicia con la concesión de la *Carta Magna*, la vuelta a las antiguas libertades anglosajonas, y el alejamiento para siempre de los riesgos que amenazaron a Inglaterra con las pretensiones de los Tudor y los Estuardo<sup>24</sup>.

El significado político de esta Revolución de 1688, como expresa Trevelyan, reside en que si bien la caída de Jacobo fue un acto revolucionario, el espíritu de esta revolución no lo era. Pues no se trató de derribar el Derecho, sino de confirmarlo frente a un rey que lo violaba<sup>25</sup>.

Fue una revolución que no aspiró a destruir el orden social y jurídico establecido sino, paradójicamente, a reservarlo y a reformarlo positivamente. Pero fue una verdadera revolución del

pueblo y sus dirigentes contra el rey, y estalló cuando Jacobo II quiso modificar violentamente el orden tradicional.

Desde el punto de vista constitucional, significa el comienzo de un gobierno parlamentario sobre base oligárquica, y de un asentamiento de los principios liberales. Ya el texto de la vacante del trono, tiene como supuesto la desaparición de los restos de la doctrina del derecho divino de los reyes; pero ello se acentúa en otros dos documentos constitucionales, a saber: el *Bill of Rights*, aceptado por el rey el 13 de febrero de 1689, por el cual renuncia entre otras cosas, al poder de suspender y dispensar las leyes o su ejecución, que había sido restablecido por Enrique VIII en beneficio de la Corona 150 años antes. Este texto sería completado en 1701 por el "*Acta de Establecimiento*" instituido para "una nueva limitación de la Corona y una mejor garantía de los derechos y libertades de los súbditos"<sup>22</sup>. Se trata en todos los casos del afianzamiento mediante los textos, de derechos y garantías que no sólo son civiles y políticos, sino que tienen repercusión económica.

El rey no podrá mantener un ejército sin permiso de Parlamento y se verá obligado a convocar a éste, a plazo fijo (3 años; *Triennial Act.*). Pero más que limitaciones derivadas de los estatutos (*Bill de Derechos*, *Acta de Establecimiento*, la *Mutiny Act*, la *Triennial Act*), que en realidad destruyen pocos de los poderes anteriores, las limitaciones derivan sobre todo de convenciones constitucionales y de la institución del Gabinete que se desarrolla a partir de ese período.

Respecto a los jueces, la Revolución mantiene en sus límites a los tribunales de prerrogativa y el *Acta de Establecimiento*, hace a los jueces del "*Common Law*" independientes del ejecutivo, que pierde sobre ellos el derecho de destitución, y cuyas actividades han de realizarse en el marco del Derecho, quedando sujetos a la sanción judicial. Se afirma por consiguiente el principio de "*rule of law*". Vinculado a este principio está la ratificación, establecimiento o garantía de los derechos individuales llevado a cabo por el "*Bill de Derechos*" y las leyes de indulgencia de 1769, y de abolición de la censura de 1695.

La monarquía queda vinculada jurídicamente a estos documentos debiendo ejercer su función con arreglo a sus preceptos y a los principios que jurídicamente la sustentan. Sin embargo, por mucho que se racionalice, la Corona, no ha perdido en modo alguno para los ingleses su carácter irracional y simbólico<sup>27</sup>. Mas este carácter simbólico de encarnación del Estado, si bien se ejerce fuera de las normas jurídicas, no puede ejercerse con primado sobre ellas : el rey queda sometido no sólo al *common law*, sino al Derecho estatutario; no tiene poder para suspender o dispensar el cumplimiento de los estatutos y a partir de ahora los jueces gozarán de inamovilidad. En síntesis, el proceso evolutivo que hemos comentado, tiene lugar en Inglaterra sin necesidad de programas racionalistas formalizados en una Constitución escrita y sistemática; sino que es testimonio de ese espíritu renovador, tradicional y conservador a la vez que es característico del legado histórico de los ingleses.

### 1.3.- REVOLUCION AMERICANA

#### 1.3.1.- Introducción.

Antes de referirnos propiamente a la revolución americana, se debe considerar el marco económico y político de las colonias inglesas, que hizo posible el movimiento independentista y constitucional, como ejemplo de la presión de los factores económicos sobre la realidad política, y en este caso, con los efectos fundamentales del surgimiento de una nación independiente y de un texto Constitucional con unas características propias. Al final del siglo XVIII, tanto en los Estados Unidos como en Francia, el movimiento constitucional está ligado a la llegada al poder de la clase media, de la burguesía; así había ocurrido también años antes en Gran Bretaña<sup>22</sup>.

En Estados Unidos todos los miembros de la Convención de 1787 que establecieron la Constitución federal, eran, como precisa Daresta y Laferriere, miembros de la burguesía acomodada<sup>23</sup>. El sufragio censitario establecido en las colonias inglesas del Nuevo Mundo fue mantenido después de la guerra de la Independencia en los Estados Unidos de la Nueva Federación. Era preciso en todo caso, pagar un impuesto de sufragio (*poll tax*) que variaba según los Estados de 1 a 5 dólares. La enmienda XXIV vino a abolir las tasas electorales (1969). Hay que recordar igualmente que, en la Constitución francesa de 3 de Septiembre de 1791, el derecho de sufragio estaba sujeto a un censo moderado<sup>24</sup>.

La situación política de las trece colonias inglesas<sup>21</sup> que son el origen de los Estados Unidos presenta algunas notas destacables para el propósito que nos guía en nuestro trabajo. Las colonias eran independientes entre sí, y el conjunto de ellas no formaba un cuerpo político, pero había homogeneidad en los principios jurídicos y políticos de cada colonia, y en tanto que eran según el derecho británico "Colonias de Establecimiento", sus habitantes ostentaban los derechos inherentes a los ciudadanos ingleses de la época. La distancia con la metrópoli propició una organización autónoma, en la que, junto al gobernador representante de la Corona y dotado de veto efectivo, actuaba una Asamblea elegida por los colonos con ciertas propiedades, es decir, existía un tipo de sufragio censitario<sup>22</sup>. A través de estas asambleas se formó una clase política dirigente e integrada por terratenientes y comerciantes que, tenía el común interés de resistirse a los impuestos. Efectivamente cada colonia dependía de Londres; entre ellas no tenían vínculo político, pero el interés económico sí era común, y fue pieza clave en el origen del movimiento<sup>23</sup>. De hecho, resultó fundamental la formación de una clase media autóctona con intereses comerciales ajenos a la metrópoli. -

Ch. Beard destaca cómo influyeron de forma importante los factores económicos en la decisión de reunirse en Convención los representantes de los diferentes Estados, para elaborar una Constitución que fue ratificada por la mayoría de ellos, y que entró en vigor el 4 de mayo de 1789<sup>24</sup>. Como es sabido, la primera reunión colonial con significación histórico-constitucional en el Congreso de Nueva York en 1775, manifestó la repulsa de las



colonias al impuesto del papel sellado, que vulneraba el derecho de éstas a no someterse a otros impuestos internos que los aprobados por sus representantes. Puesto que las colonias no estaban representadas en el Parlamento de Londres, era evidente que los tributos debían ser aprobados por las asambleas coloniales. Este argumento económico-político, común a las diversas colonias, actuó de desencadenante de todo el movimiento independentista<sup>25</sup>.

### 1.3.2.- Desarrollo y naturaleza.

En este marco político y económico se produce la Revolución Americana. No se puede precisar con exactitud cuándo empieza el movimiento hacia la independencia de las colonias, pero según uno de sus dirigentes, John Adams, -"la revolución y la Unión se formaron gradualmente desde los años 1770 a 1776"<sup>26</sup>, esto es, años antes de qué realmente las acciones bélicas comenzasen. Nevins puntualiza: "...es más preciso decir que antes de 1776 la revolución estaba en el pensamiento de parte de la población, y que la lucha de 1776-81 era una lucha para imponerla al resto del pueblo y para -hacerla reconocer por el Gobierno británico"<sup>27</sup>.

La insurrección de las colonias americanas fue tanto una revolución como una guerra de independencia. Además de las causas económicas ya citadas, hay que señalar el aspecto político-jurídico del conflicto. El enfrentamiento con Gran Bretaña imprime los primeros rasgos de la nación americana y sus instituciones políticas. Los caracteres de independencia,

pragmatismo, y el sentimiento de la democracia como ideal que hay que esforzarse en realizar.

El Congreso acuerda formular una declaración que proclame al mundo las razones de la separación de la metrópoli, y el 4 de julio de 1776 es aprobada la *Declaration of Independence*, que realmente, significa el triunfo de las ideas democráticas y del espíritu de *self-government* y que no hace más que dar cuenta de la realidad, pues la independencia es ya un hecho. El documento en este caso, refleja una realidad producida por el movimiento revolucionario, da fe de ella, es la ratificación formal de un acto ya realizado, aunque la guerra durará hasta 1783.

Esta Declaración desde el punto de vista institucional tiene gran importancia, pues como dice García Palayo: "...es la primera vez que la legitimidad jurídico-política racionalista hace entrada franca y total en la Historia. Ya no se apela al "common law", a los derechos de los súbditos británicos, a las franquicias de la Constitución inglesa, sino exclusivamente "a las leyes naturales y de Dios"; ya no se apela al bill de Derechos, sino a "esas verdades evidentes en sí mismas..."<sup>22</sup>. Ciertamente, como señala Vicens Vives, estas ideas eran lo que habían defendido durante tantos años Voltaire, Diderot, Rousseau y Helvetius<sup>23</sup>; pero así como estos tratadistas se habían mantenido en el campo de la especulación teórica y soñaban en la práctica, con garantizar tan sólo lo que llamaban "pequeñas libertades" (de conciencia y civiles), los norteamericanos realizaban en el terreno de la gran política las ideas de la razón del siglo XVIII: fundar un Estado regido por la naturaleza

y la razón, y no por la legitimidad de derecho divino y los privilegios tradicionales"".

El hecho de la Declaración de Independencia, como Palmer y Colton destacan, fue más que un anuncio de secesión del imperio, fue una justificación de la rebelión contra la autoridad establecida. Aunque la querella americana había sido con el Parlamento, la Declaración, curiosamente no acusaba más que al rey. Una razón era que el Congreso, al no reconocer la autoridad del Parlamento, sólo podría separarse de Gran Bretaña mediante la acusación a la corona británica; otra razón era la de que el grito de "tirano", proporcionó más popularidad y apasionamiento al levantamiento...<sup>40</sup>.

En mayo de 1776 el Congreso aprueba una resolución en la que declara que, suprimido el ejercicio de todo poder bajo la Corona, aquél debía ejercerse en nombre del pueblo, y, consecuentemente recomienda a las colonias que todavía no hubieran establecido una forma de gobierno adecuada a la nueva situación que adopten inmediatamente la Constitución que mejor conduzca a su felicidad y seguridad. Luego es el movimiento revolucionario y la independencia de la metrópoli, avivado por razones económicas, lo que hace surgir el movimiento constitucional entre las colonias.

Era necesario un gobierno nacional fuerte ya que la Confederación de las 13 colonias que mantenían prácticamente su soberanía, no representaba un sistema muy eficaz en el área económica. Se justifica así que los representantes de las clases adineradas, como hemos visto en otros países y circunstancias,

fueron los más interesados en un gobierno central fuerte y en un texto constitucional que fijara derechos, sus garantías, los límites de actuación de los poderes, garantizase la seguridad y el orden, y estableciera homogeneidad en las relaciones económicas entre los Estados. Eran los móviles clásicos de la mentalidad burguesa unidos al nacimiento de una nación independiente.

La Constitución americana es la decana de las Constituciones escritas, ya que data de 1787. Como señala García Cotarelo, esta continuidad ininterrumpida producto por lo demás de un acto revolucionario, de la Declaración de Independencia del 4 de Julio de 1776, forma parte de la cultura política norteamericana que tras haber fundamentado su legitimidad en aquel acto revolucionario (de hecho, la primera "guerra de liberación nacional" de la historia) no ha conocido ningún otro cambio de igual carácter...<sup>41</sup>. Y características básicas de este texto a destacar son: su brevedad, su marcado carácter racionalista de la división de poderes como mejor sistema para prevenir la tiranía y el despotismo que ya habían padecido, y la idea fundamental en el sistema político norteamericano de un gobierno popular originado en un contrato social.

Aunque habían luchado por su independencia contra Gran Bretaña, los americanos aprovecharon la experiencia inglesa; pero no se fijaron en la situación inglesa de 1783, sino más bien en 1750. En opinión de Hauriou, en 1785 los ingleses tenían casi a punto el régimen parlamentario. Sin embargo, resulta evidente que los constituyentes se quedaron en 1750, es decir, en la monarquía

limitada... El régimen presidencial es la transposición de la monarquía limitada al marco republicano<sup>47</sup>.

Pero además de esta influencia inglesa en la Constitución, es importante tener presente el firme deseo que hubo de establecer un régimen verdaderamente liberal, en el que el poder político sobre los ciudadanos tuviera claros límites. Era preciso buscar el mayor equilibrio entre los distintos poderes, es decir, el sistema de *checks and balances*, frenos y contrapesos, que tanta originalidad da a la Constitución, y que junto con las medidas de liberalismo económico, apoyan el liberalismo político del texto. En el espíritu de la Constitución americana están presentes las ideas de la Ilustración, así como el pensamiento de J. Locke y Montesquieu. Pero su vinculación con Europa va más allá, hasta el movimiento puritano inglés de la primera mitad del siglo XVIII. En su lucha contra Inglaterra, los colonos americanos lucharon no sólo por los derechos históricos y constitucionales de los ingleses, sino por los derechos naturales y universales del hombre, y se podría afirmar alcanzaron un estado democrático superior al establecido en Inglaterra. El sistema de monarquía liberal hannoveriana del siglo XVIII, fue menos democrático que el de las colonias americanas, y sólo en el siglo XIX consiguió el pueblo inglés la igualdad que tenían sus antiguos colonos desde el siglo XVII<sup>48</sup>.

En realidad, la revolución americana, y el surgimiento de la Constitución demostró que las ideas de la Ilustración eran en parte realizables. Pues aparecían los Estados Unidos como un pueblo capaz de ordenarse racionalmente; al estilo de Rousseau,

podía ser el paraíso de la igualdad e inocencia, y la Constitución americana surgía como realización del "contrato social" roussoniano<sup>44</sup>.

Todas las ideas e influencias cristalizadas en la Constitución americana, no se habían materializado en Europa, y el ejemplo del nuevo texto constitucional incidió de modo importante en el continente, en la Revolución Francesa, y en la ola de revoluciones democráticas que se prolonga hasta 1848.

#### 1.4.- LAS CONSTITUCIONES REVOLUCIONARIAS FRANCESAS

##### 1.4.1.- Introducción.

La historia política de Francia aparece agitada y violenta, incapaz de experimentar cambios si no es por procedimientos revolucionarios; pero la nota fundamental de la vida constitucional y política francesa es la profunda influencia que ejerce en Europa y en Estados Unidos, debida entre otras causas a que Francia, como señala García Cotarelo, es el primer país de Europa en que se abre paso la idea de que la revolución es un fenómeno deseable en sí mismo. Las revoluciones europeas anteriores aparecían como alteraciones circunstanciales o meros paréntesis entre sistemas de legalidad distintos, de forma que terminaban en restauraciones, (Inglaterra), o en consolidación de formas equilibradas del poder, (Estados Unidos). En Francia se llega a entronizar por así decirlo, un nuevo principio de "legitimidad revolucionaria" que aflora esporádicamente en el

país, cuyos últimos brotes pueden ser el mayo revolucionario de 1968<sup>44</sup>.

Muestra de la inestabilidad y violencia de su historia constitucional es que en el período (1789-1875), Francia conoció quince regímenes políticos diferentes y a menudo opuestos, cuatro revoluciones, dos golpes de Estado, y tres intervenciones extranjeras. A. Hauriou explica esta inestabilidad por ciertos desacuerdos profundos que dividían a la nación y que sólo con dificultad y parcialmente fueron superados.

- 1) Desacuerdo respecto al fundamento de la autoridad legítima.
- 2) Desacuerdo sobre la jerarquía de poderes, en la perspectiva de la acción política.
- 3) Desacuerdo en cuanto a las relaciones entre lo temporal y lo espiritual dentro del marco del Estado<sup>45</sup>.

Solamente después de 1875, Francia encuentra una duradera estabilidad constitucional a partir de la República parlamentaria. Tras estas breves referencias relativas a la inestabilidad de la historia política francesa, vamos a examinar las constituciones revolucionarias, surgidas en ese agitado período y sus diversos y trascendentales efectos.

#### 1.4.2.- Constituciones revolucionarias francesas en el siglo XVIII.

Es general la opinión de que en Francia la convulsión revolucionaria se produjo a consecuencia de la inadecuación entre la realidad concreta económica y humana y la organización social, administrativa y política del Estado. Incluso la misma monarquía sentía necesidad de llevar a cabo reformas, si no en su esencia, sí en los medios de acción. Pero el fenómeno revolucionario rebasó los primitivos cauces reformistas que la monarquía, la aristocracia y la alta burguesía se habían propuesto.

La burguesía fue sin duda la clase social más afectada por el ambiente del liberalismo. Era la clase poseedora de la mayor parte de la riqueza y experimentaba la necesidad de romper con las desigualdades civiles y políticas del Antiguo Régimen. Manifestaciones de amor propio, imposibilidad de aplicar su vitalidad social a la regeneración del Estado, una vida acomodada y una instrucción difundida hicieron cristalizar en ella posiciones revolucionarias. Esto desmiente que fuera la miseria la causante del movimiento revolucionario; fue la clase más acomodada del país, la que inició la Revolución.

En la plural valoración que se puede hacer de la Revolución de 1789, cabe resaltar en el aspecto político que supuso un violento esfuerzo de cambio de la legitimidad monárquica de derecho divino que Francia había conocido más de mil años, por el principio de la soberanía del pueblo y la legitimidad popular<sup>27</sup>.



Ahora bien, es interesante precisar como hace Pizzorussio, que la doctrina de la soberanía popular fue diluida en la tesis de la "soberanía nacional" codificada en la mayor parte de las constituciones francesas, en virtud de la cual, si bien se reconoce al pueblo la facultad de elegir a los diputados, la tarea de gobernar se atribuye a los órganos constitucionales.

Este cambio de legitimación en la historia constitucional francesa tan radical, no fue aceptado por las clases privilegiadas en el Antiguo Régimen, ni por los monárquicos convencidos del origen divino que no admiten que el poder tenga su origen en el pueblo. Tal oposición producirá enconadas luchas entre las diferentes clases en medio de gran inestabilidad política que da lugar a varias constituciones. Es a partir de 1848 cuando se puede considerar que mediante la práctica del sufragio universal, se acaba imponiendo la legitimidad democrática.

Como señala García Pelayo, el estudio de las Constituciones revolucionarias francesas manifiesta de modo especialmente claro la correlación entre la estructura social y la constitucional, entre las mutaciones y la estabilidad de una y otra; e indica hasta qué punto existe una línea de permanencia y continuidad histórica por debajo de los cambios externos<sup>42</sup>. Con independencia de la vigencia o efectividad de los textos<sup>43</sup> surgidos de los movimientos revolucionarios hay que subrayar que son una prueba irrefutable del diálogo y de la relación entre realidades y las normas constitucionales. En algunos momentos esta comunicación,

esta conexión entre hechos y normas fue difícil y forzada, pero en todo caso existente.

Por todo ello comentaremos a continuación las constituciones revolucionarias.

#### A) Constitución de 1791.

La primera constitución revolucionaria es la de 3 de septiembre de 1791; comienza con la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano" de 1789<sup>1</sup>, y posee una estructura que se hizo clásica para el desarrollo constitucional posterior y que ya se había manifestado en algunas de las constituciones americanas, al establecer la distinción entre parte dogmática y orgánica.

Aunque parezca paradójico, las disposiciones de la Carta Constitucional de 1791 discrepan en muchos puntos de los principios establecidos por la Declaración de Derechos de 1789. Los constituyentes no hicieron una Constitución para el pueblo francés, sino para la burguesía moderada que había dirigido los primeros pasos de la revolución<sup>2</sup>. Se mostraron partidarios del individualismo, de la separación de poderes, de la descentralización de las atribuciones ejecutivas, etc. Al rey se le reservó el poder ejecutivo, como representante hereditario de la soberanía nacional. Todo el peso de la dirección del Estado recaía en un cuerpo renovable por elección cada dos años. Inviolable e indiscutible, el cuerpo legislativo era el poder más fuerte en la Constitución de 1791. El principio censitario

reservaba al ciudadano activo el derecho de elección de los representantes de Francia, pero éstos debían ser propietarios de bienes inmuebles. Se producía así por criterios económicos, la selección de una clase social, y se favorecía el poder político de la burguesía.

El gran cambio es que la nación es soberana pero ejerce sus poderes mediante representantes, y en el sistema de representación se expresa el verdadero significado social del texto, ya que el sistema de sufragio fijado deja al margen de la actividad electoral casi tres millones de adultos.

Hay además en esta Constitución otro principio decisivo del Derecho Público moderno: "*...il n'y a point en France d'autorité supérieure à celle de la loi*"; con ello se afirma el estado de Derecho. La Constitución es todavía monárquica, pero el rey al ser concebido como delegado de la nación y, sujeto al imperio de la ley, queda convertido en órgano del Estado. La antigua institución de derecho divino se convierte en un órgano de derecho positivo, y se establece una separación rigurosa de poderes con manifiesto predominio del legislativo. Dadas las características de esta Constitución de origen revolucionario que encerraba en sí algunos contrasentidos propios de su origen, resulta evidente que no podía durar. Y la monarquía junto con este texto revolucionario e inestable, desaparece\*\* en 1792 cuando se instaura el gobierno revolucionario que dará lugar a la segunda Constitución revolucionaria.

Se puede considerar esta Constitución de 1791 como un claro ejemplo de los efectos transformadores que tienen los textos constitucionales sobre la realidad política, ya que, como en este caso, pueden influir en la desaparición de instituciones de tanta tradición como la monarquía en Francia, hecho político cuya repercusión superó los límites nacionales.

B) Constitución de 1793.

Derribada la monarquía en 1792, se instituye un gobierno revolucionario que concentra en sí todos los poderes y que pasa por tres etapas: en la primera, el conjunto del poder pertenece a la totalidad de la Convención, que gobierna a través de los comisarios del Tribunal Criminal de los Comités; en la segunda los poderes son ejercidos por los Comités de la Convención; y en la tercera, prácticamente es dictadura personal de Robespierre<sup>24</sup>.

En 1793, la Convención aprobó una Constitución que jamás tuvo vigencia, pero a pesar de ello es un importante documento en la historia constitucional, ya que es ejemplo de la Constitución democrática. Elaborada bajo el terror, fue realmente una de las manifestaciones de la dictadura jacobina. La acentuada tendencia democrática hace que la Constitución establezca la confusión de poderes y vaya precedida también de una Declaración de Derechos.

Realmente, esta Constitución aparece como prueba incontestable de cómo la Revolución produce textos constitucionales a su imagen y semejanza, de corta vida e inestable. No se menciona en ella la soberanía de la nación, sino

la del pueblo; queda recuperado el principio de soberanía popular sobre el de la soberanía nacional, es decir, las ideas de Rousseau, sobre las ideas de Montesquieu. El poder queda concentrado en una Asamblea elegida por sufragio universal (con voto público) y mandato de un año, apareciendo así el carácter de democracia semidirecta. Dicha Asamblea además de hacer las leyes sometibles a referéndum en los cuarenta días, debía elegir un Consejo al que se encomendaba el ejercicio de la función ejecutiva. Esta Constitución, con tan importantes innovaciones, se convirtió, a través de una evolución posterior, en punto de referencia para la izquierda francesa y europea en general<sup>22</sup>. Pero tras la caída de la Montaña (27 de julio de 1794), dicho texto fue tácitamente abandonado, siendo derogado por la Constitución del año III, aprobada el 22 de agosto de 1795, a la que seguiría la disolución de la Convención.

Como se puede apreciar la relación entre realidad política y normas constitucionales, es innegable. La inestabilidad, los sucesos violentos, se traducen en textos innovadores, revolucionarios, con cambios profundos, que no siempre llegan a alcanzar vigencia y arraigo, produciéndose su abandono o rechazo, o incluso movimientos reaccionarios.

#### C) Constitución de 1795.

La Constitución del año III, (1795)<sup>23</sup>, o constitución directorial, se caracteriza por su sentido conservador y su desconfianza hacia los poderes del Estado. Está motivada por la reacción experimentada ante tanto terror de los meses anteriores.

El día 9 de Termidor, se puede considerar la contrapartida del 10 de agosto de 1792. Se cierra un ciclo del proceso revolucionario y el elemento moderado de la Revolución vuelve a dirigir la situación, pero en el último período de la Convención y durante el Directorio, se sucedieron una serie de golpes de Estado, de diverso origen, ya de la izquierda, ya de la derecha en medio de gran inestabilidad y confusión.

La reacción termidoriana<sup>27</sup> condujo al país a una restauración realista, tras la cual estalla el llamado Terror del Año III, siendo aprobado por la Convención un nuevo texto constitucional. Va precedido por una Declaración de derechos y deberes de los ciudadanos; los derechos proclamados son más reducidos y son expresados con menos energía. La soberanía ya no reside en la "nación" (como en 1791), ni en "el pueblo" (como en 1793), sino en "la universalidad de los ciudadanos franceses" (art. 20), y la ley queda definida como la voluntad "expresada por la mayoría de los ciudadanos", pero estos ciudadanos tenían fuertes límites censitarios.

Sólo eran "ciudadanos los que pagaban contribución directa y personal. Ni vagabundos ni analfabetos, lo que reducía a una sexta parte los ciudadanos que podían ser representantes. De esta manera, los termidorianos confiaron el poder político a la burguesía moderada aunque reservándose para ellos mismos el derecho a ocupar las dos terceras partes del nuevo cuerpo legislativo.

La Constitución intentó organizar el poder eclecticamente tratando de conciliar la soberanía popular con la más rígida separación de poderes reconocida en la historia de Francia. El legislativo se fracciona en dos Cámaras, ambas son permanentes y se renuevan por tercios todos los años. No hay jefe de Estado, pues el ejecutivo está confiado a un Directorio de cinco miembros elegidos por los dos consejos. La separación entre ambos poderes, ejecutivo y legislativo, es completa y realmente en caso de conflicto entre ellos no se ofrece constitucionalmente medio para salir de la crisis y el poder judicial continúa desempeñado por jueces de elección popular.

Al Directorio le faltó contenido social y el apoyo de las clases a las que entregó el poder, siendo los golpes de Estado constante amenaza. Uno de los cuales, dado por N. Bonaparte el 18 Brumario<sup>oo</sup>, terminó con el Directorio y dio paso al Consulado vitalicio en 1802.

#### 1.4.3.- Constituciones en el siglo XIX.

La base de las Constituciones napoleónicas es la del año VIII (Consulado), a la que se añaden el Senado consulto de 1802, (Consulado Vitalicio) y el de 1804 (Imperio). Como líneas maestras que permanecan a lo largo de este período se puede considerar lo siguiente:

- a) Las tres constituciones tratan de asegurar y mantener el poder personal de Napoleón.

- b) Particularmente las dos últimas, son expresión del cesarismo democrático; el poder pertenece originariamente al pueblo, pero lo confía de una vez a un solo hombre. Este cesarismo político se manifiesta ante todo a través de los plebiscitos a que son sometidas las tres constituciones.
- c) Todas ellas siguen el principio enunciado por Sieyès: "La confianza viene de abajo; la autoridad de arriba"<sup>22</sup>. Esto significa orgánicamente que el sistema se basa además de en los plebiscitos, en el sufragio universal, neutralizado por un sistema indirecto en varios grados y por la intervención definitiva de las magistraturas superiores en la designación de los representantes populares.
- d) Las tres Constituciones mantienen la unidad del ejecutivo, junto a un legislativo triplemente dividido y sin facultad de iniciativa.
- e) Hacen posible la legislación directa por el Jefe del Estado.-

La Constitución de 1799 no produjo huellas importantes en el proceso constitucional posterior, aunque la figura de Napoleón sí resultaba muy atrayente en el siglo XIX. Pero más tarde, este texto ha servido de inspiración para regímenes autoritarios, y el concepto "bonapartismo"<sup>23</sup>, ha sido usado para identificar a ese tipo de gobiernos.



Tras la caída del Directorio, los efectos de la revolución en el plano constitucional se pueden considerar un fracaso, pues si se destruyeron instituciones entonces vigentes del *Ancien Régime*, no se llegó a sustituirlas con otras sustancialmente vitales. La burguesía<sup>61</sup>, que temía que la Restauración de la monarquía tradicional menoscabase las conquistas que había alcanzado en esos años, y entre ellas en especial, el principio de igualdad ante la ley, en un primer momento apoyó al autoritarismo de Napoleón, pero luego, cuando trató de institucionalizar de manera permanente su poder absoluto y debido a sus continuas campañas bélicas, le retiró su apoyo. Los recursos utilizados por Napoleón ofrecieron muchos años después no pocas enseñanzas a los gobernantes de los Estados autoritarios, mostrándoles cómo podían disfrazar de adhesión democrática el arbitrio del jefe<sup>62</sup>.

De los textos constitucionales franceses del siglo XIX, destaca en importancia la *Charte* de 1814. Este documento intenta introducir en el continente algunos principios de la Constitución inglesa, que Montesquieu había admirado.

Era totalmente legitimista, y pese a que por garantizar la plenitud del poder monárquico, las concesiones liberales fueron mínimas, la práctica que se introdujo y se fue desarrollando llevó progresivamente a un Régimen monárquico constitucional, de estructura no ya dualista, sino casi parlamentaria. La Carta de 1814 fue utilizada como modelo en diferentes situaciones posteriores<sup>63</sup>.

De las dos revoluciones francesas de 1830 y de 1848, la de 1848 tuvo mayor resonancia en la conciencia popular europea. Provocó movimientos profundos en Polonia, Alemania e Italia. Sin embargo, la Revolución de 1830, produjo directamente una influencia mayor sobre el movimiento constitucional europeo. A consecuencia de la Revolución de Julio de 1830, es depuesta la dinastía borbónica, y el poder revolucionario nombra a Luis Felipe de Orleans, teniente general del reino. Las Cámaras reforman la Carta de 1814, y bajo la condición de aprobación de estas reformas, nombran rey a Luis Felipe. Su monarquía, (1830-1848), fue encarnación del régimen burgués censitario y Luis Felipe fue el prototipo de rey burgués, pues el monarca no otorga la Carta, la acepta y la publica; ya no es rey de Francia, sino de los franceses. Se trata pues del triunfo de la soberanía nacional<sup>4</sup>.

Sobre la Constitución de 1830, dice Esmein: "No se consideró que la Constitución se había derrumbado por completo, sólo que el trono quedó vacante y la Carta fue simplemente revisada"<sup>5</sup>. Para Carré de Malberg, esta apreciación es discutible. En realidad, la transformación constitucional que se operó en 1830 tuvo mayor alcance que una simple revisión. La Carta de 1814, se fundaba en un principio de soberanía monárquica, y desarrollaba las consecuencias de dicho principio. La Carta de 1830 restauró el sistema de la soberanía nacional, como se desprende de la Declaración votada por las dos Cámaras el día 7 de agosto<sup>6</sup>. El mismo Esmein reconoce la importancia del cambio, cuando se refiere a que la Carta experimentó una "transformación radical"<sup>7</sup>.

De 1835 a 1840, el régimen hubo de soportar toda serie de confabulaciones, ya que los parlamentarios, para reducir el poder "personal" del monarca, ya conspiraciones bonapartistas dirigidas en 1836 y 1840 por el príncipe Luis Napoleón, (sobrino del Emperador). Guizot, que dirigió la política desde 1840 a 1848, se negó tenazmente a toda reforma parlamentaria y electoral. Su teoría consistía en considerar terminada la evolución histórica que había hecho recaer el poder en la burguesía. Por otra parte, la Constitución de 1830<sup>66</sup>, fue en gran medida el origen de la Constitución belga de 1831, que a su vez, tras la independencia nacional, ejerció gran influencia en los hechos de 1848 y en la formación del Estatuto Albertino<sup>67</sup>.

#### 1.4.4.- La Revolución de 1848 y sus efectos.

En el mismo momento que el Estado liberal consolidaba su triunfo sobre el absolutismo monárquico y sobre las instancias conservadoras, tuvo que enfrentarse con la amenaza surgida de la ideología socialista y de la organización de las clases populares excluidas, sustancialmente, del poder político. La revolución francesa de 1848, que llevó luego por reacción a la dictadura de Luis Napoleón<sup>70</sup>, puso de relieve por primera vez, el papel activo del proletariado.

De esta Revolución se puede decir, que tuvo su origen al menos parcialmente, en el descontento de las masas, -la pequeña burguesía reclama la ampliación de los derechos políticos, los obreros, una modificación del régimen económico-social-, que

provocó la caída de Luis Felipe, cuya monarquía tenía dos puntos vulnerables: carecía de un origen legítimo, y no se apoyaba en la masa total de la nación francesa. Es decir, mientras las demás revoluciones europeas del período tuvieron como dice Pizzorusso, "como objetivo básico la obtención de un gobierno constitucional, y el reconocimiento de la libertad e igualdad formales, en la Francia de Luis Felipe, donde estas etapas estaban ya en buena parte cubiertas desde 1830, las reivindicaciones de las revoluciones podían ir más allá exigiendo el reconocimiento del sufragio universal o el derecho al trabajo".

La Revolución de 1848, iniciada por la burguesía en Austria, Italia y Francia, estuvo a punto de desembocar en una revolución obrera europea. Se produjo su estallido el 24 de febrero, Luis Felipe abdicó, y se proclamó la República, que si bien en principio pareció triunfante en toda Europa, la burguesía y los elementos conservadores atemorizados por el rumbo socializante y democrático que tomaba el movimiento revolucionario, apoyaron las medidas de reacción que adoptaron los gobiernos con auxilio del ejército, cuya oficialidad estaba ganada de antemano contra los elementos subversivos. En la misma Francia, la segunda República<sup>72</sup> tuvo escasa vida, ya por el antagonismo entre socialistas y republicanos, como por la reacción conservadora. Concretamente en junio de 1848, los republicanos al mando de Cavaignac, aplastaron la insurrección popular en París, y esto supuso el fracaso de la Segunda República.

A partir de entonces, y aunque en todos los países quedan aplastados los movimientos obreros de 1848, la legislación

represiva disminuye y aparecen organizaciones obreras legales. Se renueva y radicaliza el movimiento europeo obrero, se hace más virulento el espíritu de lucha revolucionario que se manifiesta especialmente en la Comuna de París, de 1871 y la Revolución rusa de 1917 que desencadenaron una serie de revoluciones en Europa entre 1919 y 1923 que finalizaron en fracaso. Precisamente la evolución y el fracaso de estos movimientos revolucionarios avalan la opinión generalizada de que el movimiento obrero actuó de impulsor del Estado democrático, pero su inclusión en la Administración del Estado con la consiguiente aceptación de los principios fundamentales sólo tuvo lugar a partir de la escisión entre socialistas y comunistas en Europa entre 1919 y 1922. Quedó entonces dividida la izquierda entre quienes aceptaban las instituciones del Estado y aquellos que no seguían esa línea, haciendo posible que los socialistas pudieran profundizar en el Estado de Derecho.

O sea, podemos afirmar que la revolución de 1848 tiene un carácter muy democrático. Tras la proclamación de la República (24 de febrero de 1848) se convocaron elecciones para una Asamblea constituyente a base de sufragio universal, transfiriendo a todos los ciudadanos los derechos públicos monopolizados por la burguesía que fue el apoyo de la monarquía orleanista, al mismo tiempo que se le concedían amplias libertades de prensa, reunión, etc. La Constitución de 1848 elaborada por la Asamblea fue asimismo muy democrática; confiaba el legislativo a un Parlamento de 750 diputados; el ejecutivo a un Presidente también elegido por sufragio universal y las

elecciones presidenciales dieron el triunfo a Luis Napoleón Bonaparte.

De hecho la elección de Luis Napoleón para la Presidencia, desencadena un proceso en el que se producen rasgos autoritarios, que por un lado, conducen al Segundo Imperio, y por otro, se posibilita el fortalecimiento de principios liberales en Europa.

Las discrepancias entre Luis Napoleón y la Asamblea terminan con el golpe de Estado bonapartista de 2 de diciembre de 1851 dado contra republicanos y monárquicos<sup>72</sup>. La República desemboca en una dictadura personal, renovando su trayectoria política anterior. El establecimiento de la dictadura se justifica con el llamamiento a la soberanía popular, ya que Luis Napoleón proclamó que se restauraría el sufragio y se daría al pueblo una nueva Constitución. Su gobierno autoritario consiguió una aceptación general, y aun habiendo disuelto la Asamblea, mantuvo cierta estabilidad durante gran parte del tiempo que duró su imperio. Este régimen alcanzó su plenitud orgánica en 1852, y en enero se promulgó una Constitución de tipo autoritario, siguiendo el modelo de la Constitución consular del año VIII.

Los principales organismos de este texto son: un Presidente, dotado de escasas atribuciones; el Senado, nombrado por aquél y revestido de facultad constituyente; un cuerpo legislativo, elegido por sufragio universal, pero con capacidad muy mermada, y un Consejo de Estado, la verdadera célula del gobierno y la administración de Francia. Después de un plebiscito totalmente

preparado, se produce la proclamación imperial. (2 de Diciembre) de Napoleón II. (1852-1870)<sup>74</sup>.

Hasta aquí hemos revisado brevemente las diferentes constituciones revolucionarias y los principales cambios producidos en la historia constitucional francesa de origen violento, que son numerosos y prueban en su conjunto la conexión indudable entre hechos políticos violentos, revolucionarios o ilegales, y la normativa constitucional.

Las constituciones revolucionarias son la materialización concreta en un documento de los impulsos transformadores de la sociedad y realidad política que la clase burguesa alienta en contienda con las instituciones y estructuras sociales del Antiguo Régimen, pero como hemos visto los efectos de la revolución sobre los textos constitucionales son diversos y se podría afirmar que existe un ciclo general: los fenómenos revolucionarios originan grandes cambios en la realidad política, con profundas alteraciones en las normas constitucionales que suponen su desaparición, transformación o incluso el surgimiento de textos nuevos. A continuación las clases impulsoras del cambio, pretenden estabilizar y asegurar la vigencia de los textos tratando de hacer eficaz la normativa constitucional y de alejar una posible involución. Para ello, las constituciones surgidas de las revoluciones burguesas han tenido presente la necesidad de prevenir las situaciones de emergencia que pudieran hacer peligrar su supervivencia. Se trata en realidad de un móvil de protección al texto constitucional y a lo que representa en la

sociedad burguesa como contrato-garantía de libertad, seguridad y orden.

En esta línea de protección frente a nuevos cambios revolucionarios o ilegales que ocasionen la ruptura, y el posible retroceso en el marco de libertades y derechos hasta el momento obtenido, se justifica el Derecho excepcional que pretende ser el instrumento que encauce las situaciones que pongan en peligro la vigencia del texto, evidentemente no por meras razones legalistas o de estudio rigor-jurídico sino por motivaciones más cercanas al individuo en la esfera social, política y económica.

## 2. DERECHO EXCEPCIONAL

### 2.1.- INTRODUCCION

En este apartado hemos de considerar cómo las Constituciones una vez establecidas, se enfrentan con independencia de su origen o del tipo de proceso que las hizo posibles, a circunstancias excepcionales, bien de índole natural, bien de carácter político, a crisis nacionales o externas, a situaciones de emergencia para su supervivencia que se producen en la realidad política. Y podemos apreciar que hay textos constitucionales que prevén estas situaciones con una regularización detallada, definiendo y precisando los diversos requisitos; y que incluyen mecanismos de actuación para la defensa del texto, al que se trata de preservar en su totalidad o en su mayor parte. Existen además otros ordenamientos constitucionales que omiten toda referencia a los



momentos de crisis, ante los que no se presupone un comportamiento especial. Pero aun así, estas situaciones se producen, y la historia es un marco de numerosos ejemplos de ello.

Las consecuencias políticas de las diferentes reacciones de los textos frente a la realidad excepcional, ante la que en determinados momentos se encuentran expuestos son diversas, y todo ello ha de valorarse como uno de los múltiples aspectos que reviste el diálogo entre ordenamiento y realidad. Ciertamente se trata en este caso de realidad excepcional, por ello el ordenamiento tiene instrumentos excepcionales para afrontarla, y éste es el objetivo del siguiente epígrafe.

## 2.2.- DERECHO EXCEPCIONAL : SU NATURALEZA

Las Constituciones, como normas supremas, tienen vocación de continuar y asegurar su existencia, pero no se conciben operando en una situación atemporal, sino que se consideran vinculadas a un determinado momento, y prueba de ello es la inclusión de los procedimientos de su propia reforma.

Es preciso tener presente que la Constitución parte de una determinada concepción de la realidad que pretende normar, la cual, como señala Cruz Villalón, no es ni puede ser una comprensión total y sin lagunas, sino que configura un determinado proyecto relativo a una situación considerada normal y previsible, y que justifica la racionalidad del proyecto.

Cuando el texto es súbitamente confrontado con una realidad distinta, no prevista, puede ser que la Constitución no esté en condiciones de garantizar su propia eficacia.

Surge así la distinción entre situaciones de normalidad y de excepción; entre circunstancias ordinarias y extraordinarias; es decir, aparece el concepto de crisis aplicado en la Constitución<sup>74</sup>.

Se podría delimitar la situación de crisis, como aquel supuesto frente al que la Constitución no tiene respuesta adecuada. Pero ello se debe no sólo a lo excepcional de los hechos, sino al contenido de la misma norma, ya que no se trata de un proyecto cualquiera de racionalización del poder político, sino que se trata del poder político limitado, distribuido, legitimado.

Pero puede suceder, y es así en numerosos casos, que la Constitución opte por incluir soluciones o respuestas a las situaciones de crisis, mediante un modo alternativo de poder, que si bien supone la negación temporal del texto originario tiene otras ventajas, como precisa Cruz Villalón. Pues mantiene la eficacia formal del texto como Constitución alternativa de emergencia, y facilita en la medida de lo posible, la vuelta a la Constitución ordinaria, es decir, a la Constitución legítima<sup>75</sup>.

Luego se puede considerar este "derecho de excepción", como una garantía de la Constitución frente a situaciones de crisis, y asimismo como reacción del ordenamiento constitucional frente a

las alteraciones de orden político. Un mecanismo que entra en funcionamiento sólo ante determinadas circunstancias, y que sólo puede estar presente en un Estado de Derecho, que al ser absolutamente normativizado lleva en su propia dialéctica la necesidad de un derecho excepcional, es decir, de prever la excepción y de normativizar la misma excepción. Sólo el Estado de Derecho puede plantearse la necesidad de un derecho excepcional.

Como dice García Pelayo, "...incluso la misma excepción debe encuadrarse en el marco y en los términos de la ley. Mas como lo excepcional rechaza por su propia esencia la generalidad de la ley, es claro que una gran parte del derecho excepcional no sólo ha tenido lugar en ocasiones al margen de la ley, sino incluso contra ella, siendo ésta una de las vías de modificación de la Constitución"??.

Queda por señalar que las situaciones de crisis que pueden presentarse tienen diferentes orígenes: por ejemplo, naturales, que ponen en peligro la supervivencia de la comunidad e incluso de la Constitución misma, o bien de tipo político, que amenazan el texto constitucional o sea el modelo de organización política proyectado en la suprema Ley. En ambos casos, el principio "salus pública" tiene validez, pero si bien en el primer caso es la continuidad de la comunidad la que exige el sacrificio temporal de la vigencia de la Constitución, en el segundo es la viabilidad del modelo político, reflejado en la Constitución. Se pueden considerar como medidas previstas para situaciones excepcionales por ejemplo, los decretos de necesidad, que recoge el Derecho Constitucional de ; los países germánicos (Notrechts-

*verordnungen*)”<sup>78</sup>, que atribuyen a una determinada competencia ejecutiva (gobierno o Jefe del Estado), la facultad de dictar normas jurídicas bajo ciertos términos y condiciones para conjurar una situación excepcional; se pueden mencionar también las atribuciones del Presidente del Reich, con arreglo al art. 48 de la Constitución alemana de 1919, que lo convertían en un dictador constitucional; sobre esta figura de dictadura se tratará más detenidamente en el siguiente epígrafe.

Es posible y hay ejemplos de ello, que la Constitución carezca de un derecho de excepción; es decir, que no se refleje en el texto esa posibilidad, sin que pueda hablarse realmente de una laguna, sino que por definición no se admite la posibilidad de que la Constitución sea suspendida, ni se prevén otras medidas excepcionales. El caso más representativo es la Constitución belga de 1831, en su art. 130 que prohíbe la suspensión total o parcial de la Constitución<sup>79</sup>. En este ordenamiento y en otros casos semejantes se supone que el riesgo de incluir la posibilidad de suspensión de la Constitución como una garantía de la misma, es mayor que el derivado de la ausencia de un derecho de excepción. -

Ahora bien, no es imprescindible que el derecho excepcional esté explícitamente previsto en el texto constitucional. La experiencia muestra que aún en estos casos se recurre a algún procedimiento para conseguir suspender el ordenamiento constitucional en momentos de crisis a fin precisamente de que aquél no sufra alteraciones. Concretamente se recurre al procedimiento de “exoneración parlamentaria” de los poderes

públicos que se han visto en la necesidad de infringir el ordenamiento. La representación nacional por medio de una "ley de indemnidad" exime de responsabilidad a unos gobernantes a los que las circunstancias han obligado a quebrantar el ordenamiento. Se produce pues una legalización de la situación "a posteriori", con lo que ello implica según sea el tipo de sistema político, y según hayan sido las circunstancias que ocasionaron el quebrantamiento del orden constitucional. Se trata pues de un recurso límite ante graves circunstancias o alteraciones en el orden constitucional, y que no tiene respuesta explícita excepcional en el texto.

Pero centrándonos en los textos constitucionales que sí incluyen un derecho excepcional, hay que distinguir dos modelos básicos: el estado de excepción y la dictadura constitucional.

### 2.3.- ESTADO DE EXCEPCION

El estado de excepción constituye el modelo más característico del derecho de excepción y representa el esfuerzo máximo para lograr la permanencia de las Constituciones en las situaciones de emergencia<sup>20</sup>. Con la figura del estado de excepción, la norma pretende protegerse de toda eventualidad adversa. Trata así de acoplarse a un régimen de legalidad aun aquello que por su naturaleza es ilegal. Se aspira a lograr la vigencia de las normas, cuando no hay más que hechos en ostensible contraposición con el orden estatuido.

Cuando los textos constitucionales recogen la posibilidad de que los poderes del Estado impongan medidas drásticas y actúen incluso contra el espíritu de la Constitución, es debido a que se elige entre una situación de emergencia de consecuencias imprevisibles, y un tiempo limitado en que la autoridad actúa sin cortapisas legales. El problema reside en que la provisionalidad, nota fundamental en el estado de excepción, a veces no es tal, y ello, unido a la ambigüedad que a menudo tiene la definición del estado de excepción, produce que en algunos países se declaren tales situaciones con frecuencia, justificando así el uso dictatorial del poder.

La valoración y justificación de las normas excepcionales es ciertamente controvertida y es campo donde criterios jurídicos y políticos aparecen en ocasiones conexos. Así, cuando Enrico Spagna Musso se refiere a las fuentes atípicas de creación normativa, incluye también las que se originan en los cambios drásticos que una sociedad experimenta<sup>11</sup>. Es decir, no les da una especial valoración política. Pero desde la perspectiva marxista, D. Valares opina que el estado de excepción es el instrumento más idóneo para la preservación del dominio de una clase y considera su utilización común a todos los sistemas políticos<sup>12</sup>. Generalmente las dictaduras que se refugian en una aparente constitucionalidad, encuentran su apoyo en las instituciones de excepción, y en opinión de Nico Poulantzas, las dictaduras fascista y nazi, son ejemplos de estado de excepción permanente<sup>13</sup>.

Desde una visión general, se puede afirmar que los textos constitucionales apenas llevan una breve relación casuística de lo que puede motivar un estado de excepción. De esta forma, la decisión de su implantación o no, tiene mucho componente político y subjetivo. Como vemos es evidente que caben diferentes enfoques según la ideología política, y por ello creemos que es fundamental un estudio científico y no valorativo de las normas excepcionales.

Junto al estudio de la naturaleza del estado de excepción como figura del Derecho excepcional, de sus notas fundamentales de temporalidad y parcialidad, es básica la tipificación de las situaciones de emergencia para delimitar las medidas extraordinarias exigidas para su superación. Tiene que haber una correlación entre la emergencia posible y las modificaciones previstas en la vigencia de la Constitución; pero siempre sobre la base de un carácter limitado de tales modificaciones, lo que hace al ordenamiento sustancialmente resistente a la situación de excepción.

De tal correlación se deduce que pueden darse diferentes estados de excepción<sup>12</sup>, bien por la intensidad de la emergencia, o bien por su naturaleza, por lo que se puede concretar como elementos integrantes del derecho de excepción:

- 12) La definición de la situación de emergencia.
- 22) La determinación de la competencia para apreciar tal situación y la facultad para declarar el estado de

excepción; es decir, para decidir el recurso a las medidas previstas en el derecho de excepción.

- 32) Puede también incluirse una serie de garantías previstas en el derecho de excepción.

Tratando de sintetizar, 'y desde la línea argumental de nuestro trabajo podemos afirmar que la regulación constitucional del estado de excepción, constituye un intento, previo a circunstancias graves próximas, de paliar sus consecuencias, mostrando así que los textos constitucionales experimentan transformaciones ocasionales por la crisis, si bien en el caso del estado de excepción, se supone que con efectos temporales y limitados. Asimismo, puede estimarse que el estado de excepción inserto en un texto, es una respuesta desde el orden constituido a los retos y riesgos que plantea una evolución política, a veces convulsa e ineludible, que sin embargo pretende encauzarse normativamente.

#### 2.4.- LA DICTADURA CONSTITUCIONAL

La dictadura constitucional otra forma de hacer frente a la excepcionalidad. Es el modelo alternativo básico al estado de excepción, y como distingue Cruz Villalón, su punto de partida es ciertamente inverso al de aquél. La dictadura como forma política ha sido objeto de numerosos estudios desde el campo de la ciencia política, y la historia política europea de nuestro siglo XX hizo suscitar vivamente el interés por esta forma excepcional<sup>22</sup> (baste recordar la obra de Carl Schmitt<sup>23</sup>).



El alcance de la dictadura constitucional radica en que no intenta prever las posibles situaciones de crisis, ni delimitar los efectos que las necesidades derivadas de la superación de la situación de emergencia puedan darse sobre el ordenamiento constitucional. En este caso no hay, como dice Cruz Villalón, una Constitución "resistente a la situación de excepción", es decir, que no hay un ámbito de la Constitución que no pueda ser temporalmente sacrificado a la necesidad de superar la crisis<sup>27</sup>.

En nuestra opinión, lo que resulta también decisivo y de consecuencias muy efectivas es que no se enumeran taxativamente las medidas que se pueden adoptar para superar la crisis, sino que se admiten como posibles "las medidas necesarias" en cada momento. Esta característica es fundamental y muy diferenciadora de la dictadura soberana.

El fin y objetivo de la dictadura constitucional es la Constitución vigente, y todas las medidas que se adopten han de ser de naturaleza transitoria y dirigidas a la restauración de la Constitución. El ejemplo más característico de este modelo, es sin duda, el de la dictadura presidencial prevista en el artículo 16 de la Constitución francesa de 1958, que faculta al Presidente de la República para tomar medidas de excepción en caso de amenaza grave e inmediata a la seguridad del ordenamiento y por interrupción del funcionamiento regular de los órganos constitucionales.

Algunos autores utilizan diferente terminología. J. Friedrich elige los términos "dictadura constitucional o

anticonstitucional""; Manuel Pastor distingue "dictadura constitucional" de la "dictadura constituyente", pues, "ésta es anterior a la existencia misma de la Constitución, mientras la constitucional está presente en el texto constitucional o se da por supuesto bajo el principio general e impreciso de los "poderes implícitos", que formuló Alexander Hamilton cuando era secretario del presidente Washington"". El mismo autor cita como ejemplo de dictadura constituyente la de Oliver Cromwell, que produjo el documento *Instrument of Government*, cuyo carácter autoritario, a diferencia de los contratos entre príncipes y estamentos que se dieran en la Edad Media, como señala Herman Heller<sup>20</sup>, es esencial. Carl Schmitt en su famosa obra "Die Diktatur"<sup>21</sup>, utiliza "dictadura comisoria" frente a "dictadura soberana", y hace una diferenciación entre ambas dictaduras que ha inspirado a numerosos autores, entre ellos a García Pelayo que utiliza similar terminología<sup>22</sup>. La dictadura comisarial suspende la Constitución "in concreto" para protegerla como texto existente; está prevista en él, y no tiene como fin establecer una nueva constitución, sino restaurar las condiciones que hagan posible de nuevo la vigencia de la ya existente. Se trata de una dictadura condicionada por un objetivo fijado: la restauración de la normalidad, e incluso tiene plazos estipulados de duración.

Carl Schmitt se refiere detenidamente al art. 48 de la Constitución de Weimar, que ha sido objeto de amplias polémicas sobre su alcance y potencialidad. Según la sección 2 de este artículo, si en el Estado alemán se alteraran o pusieran en peligro la seguridad y el orden público, el Presidente del Reich puede adoptar las medidas necesarias para el restablecimiento de

la paz pública, interviniendo incluso con las fuerzas armadas. El mismo Presidente decide sobre la necesidad de actuar pero hay que precisar que los poderes que se le concede son de acción, y no de legislación ni de administración de justicia<sup>23</sup>.

Pero resulta innegable que el art. 48 manifiesta una contradicción ya que si bien los poderes para la acción encaminada al mantenimiento del orden son generales, el Presidente no puede suspender temporalmente la vigencia de todos o parte de los derechos fundamentales que no sean los establecidos en el art. 114 (libertad temporal), art. 115 (inviolabilidad de domicilio), art. 117 (secreto de correspondencia), art. 118 (libertad de prensa y censura), art. 123 (libertad de reunión), art. 124 (libertad de asociación), art. 153, (propiedad privada).

Es decir, los poderes del Presidente son muy amplios, pero como dice Carl Schmitt, el art. 48... "es una regulación extraña, pues confiere la facultad de suspender toda la situación jurídica existente, incluyendo el art. 159, y después cita un número limitado de derechos fundamentales que pueden ser suspendidos... El derecho a la vida y la muerte está concebido implícitamente, mientras que el de suspensión de la libertad de prensa, lo está explícitamente"<sup>24</sup>.

Estas contradicciones de la Constitución de Weimar de 1919 no son de extrañar, basta con tener presentes las circunstancias que se dieron en su surgimiento para comprender la naturaleza de este artículo 48 y su intencionalidad. Este texto constitucional era

propiamente producto de una revolución, y los constituyentes pudieron sentir muy próximas las alteraciones de orden público y las violaciones de la legalidad establecida. Y como hemos mencionado en otro punto sobre el ciclo que se produce de, -violaciones de legalidad, revoluciones, surgimiento de nuevos textos, intentos de legitimación, y previsión de mecanismos para asegurar su pervivencia de texto-, este art. 48<sup>º</sup> es ejemplo de cómo la realidad, los hechos pasados recientes influyeron en el ordenamiento redactado por los constituyentes, que trataron de prevenir cualquier contingencia en el futuro capacitando para ello al Presidente del Reich ampliamente.

Las posibilidades que encerraba el artículo 48 ciertamente eran diversas, y desde el primer momento atrajeron el interés teórico de juristas y politólogos, pero pronto fueron evidentes los efectos políticos del texto en la realidad, ya que permitió a Hitler dentro del cauce legal, desmontar el ordenamiento constitucional, con las consecuencias históricas de alcance mundial de todas conocidas. La desaparición de la República de Weimar hace patente que los sistemas políticos no pueden resistir sin graves consecuencias un desajuste o tensión entre las estructuras institucionales y la realidad social y política, y especialmente en periodos de intensa agitación.

### 3. LA SUSPENSION CONSTITUCIONAL

#### 3.1.- INTRODUCCION

Hemos de referirnos ahora a la suspensión constitucional, ya que es otro mecanismo que las Constituciones prevén para en caso de peligro mantener su supervivencia. Hay que considerarla como un fenómeno político extraño y no se puede suponer que sea un instrumento normal aunque esté incluido en algunos textos constitucionales, sino que hay que destacar que es un procedimiento que interrumpe la legalidad constitucional o la suspende, pero está presente la idea de volver a ella tan pronto se restablezca la normalidad<sup>26</sup>. Tiene características propias que la definen y distinguen de las otras formas estudiadas, excepcionalidad y dictadura constitucional, que comentaremos a continuación.

#### 3.2.- DEFINICION Y NATURALEZA DE LA SUSPENSION CONSTITUCIONAL

Son numerosos los autores<sup>27</sup> que han estudiado la figura de la suspensión y sus consecuencias políticas. En una primera aproximación interesa delimitar su alcance y diferenciarla del estado de excepción.

Carl Schmitt define la suspensión de la Constitución como una o varias prescripciones legales constitucionales puestas fuera de vigor<sup>28</sup>, y diferencia entre suspensión constitucional e inconstitucional según esté prevista en el texto, y se realice

siguiendo el procedimiento establecido, o no sea así. Ejemplo típico de suspensión que ya citamos al referirnos a poderes ilimitados del Presidente del Reich, es el que se recoge en el art. 48.2.2, que regula la suspensión de uno, varios o todos, los siete artículos de los derechos fundamentales: 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153<sup>22</sup>.

Destaca el mismo autor como notas fundamentales de la suspensión, la temporalidad y la naturaleza de las normas constitucionales que pueden ser suspendidas. Por ejemplo, las decisiones fundamentales sobre la forma de existencia de un pueblo no pueden perder su vigor, pero sí pueden hacerlo las normas generales surgidas para llevar a cabo esas decisiones y que están contenidas en el texto constitucional, así como las normas típicas del Estado de Derecho que protegen libertades del individuo<sup>23</sup>.

En realidad las circunstancias previas a la suspensión ya la hemos mencionado cuando nos referimos al derecho de excepción y a la dictadura constitucional. En caso de grave crisis o alteraciones "que se supone han de afectar a la "normalidad constitucional", los textos prevén su suspensión o ausencia de vigencia, pero puede establecerse en nuestra opinión una diferenciación entre suspensión y excepcionalidad<sup>24</sup>.

En la primera, se podría mencionar una abolición "legal-revolucionaria" de la Constitución, es decir, se parte del reconocimiento de que es necesario prescindir del régimen constitucional en su conjunto y se le sustituye por uno

temporalmente revolucionario, con lo cual las garantías también desaparecen. En el caso del estado de excepción, se trata de una suspensión transitoria de un ámbito de la Constitución, por una situación de necesidad, para superar circunstancias graves, pero sin eliminación revolucionaria de las garantías en general. Estas notas citadas perfilan más nitidamente la diferenciación entre ambas figuras.

En esta línea, Cruz Villalón, reconoce que la suspensión de la Constitución es el recurso ejemplar del Estado a falta de instrumentos constitucionales de protección extraordinaria, y que supone un cambio de un régimen de legalidad por un régimen revolucionario aun con previsión de temporalidad. La posición doctrinal anglosajona, en principio se aferraba a criterios preocupados por el mantenimiento de la legalidad inalterada; en el continente, la tesis de la conveniencia de suspender las garantías constitucionales cuando sobrevinieran circunstancias que amenazasen la República prosperó en breve plazo en la Francia revolucionaria. La consideración de que era la mejor defensa del marco político y social que la burguesía había impulsado, así lo hacía aconsejable.

### 3.3.- DIVERSOS CASOS DE SUSPENSION

EL caso más representativo de suspensión, la forma más genuina, es el de la República del año II en Francia. Para tener una comprensión de cómo se produjo, es fundamental hacer referencia a las circunstancias. La República estaba sitiada y

Barère ante la Convención, en agosto de 1793 afirma: "La République n'est plus qu'une grande ville assiégée". Ante las graves amenazas exteriores, Barère declara a Francia, "en Révolution jusqu'à la reconnaissance de son indépendance"<sup>103</sup>. La Convención había adoptado el 24 de junio el texto de la Constitución de la República, se llevó a cabo un plebiscito y fue proclamada como tal. Pero la Convención, que tenía que fijar la fecha de las elecciones en orden a la constitución de la Asamblea Nacional y demás poderes "constituidos", dudó entre su disolución (y la aplicación de la Constitución), o su mantenimiento, en tanto la situación de emergencia nacional continuase. El 10 de octubre, el Comité de Salvación Pública, por medio de Saint-Just, presentó el informe que sobre esta materia la Convención le había encargado. Expresamente dice: "Dans les circonstances où se trouve la République, la Constitution ne peut être établie; on l'immolerait par elle même. Elle deviendrait la garantie des attentats contre la liberté, pasque qu'elle manquerait de la violence nécessaire pour les réprimer..."<sup>104</sup>.

Tras la lectura del informe, la Convención decretó que "Le gouvernement provisoire de la France est révolutionnaire jusqu'à la paix", quedando así en suspenso la Constitución de 24-6-1793. Esto implicó la suspensión de las garantías constitucionales, al mismo tiempo que se instauró la dictadura con el Comité de Salut Public y el Tribunal revolucionario que condujeron al Terror. Es Robespierre el que precisa el sentido de la expresión "gouvernement révolutionnaire" al que contrapone al concepto de "gouvernement constitutionnel"<sup>105</sup>. El fin del primero es la fundación de la República, el fin del segundo es la conservación



de la misma; de esta diferencia en los fines se deduce una diferencia en los medios empleados para cada uno de ellos.

Las leyes que surgieron en este período, leyes específicamente revolucionarias, fueron las constitutivas del Terror, e igualmente instituciones fundamentales de esta etapa fueron los Tribunales revolucionarios. En relación con este tipo de genuina suspensión a que nos hemos referido se puede citar la "suspensión del imperio de la Constitución", prevista en el art. 92 de la Constitución de 1799, 2.2 Primario, VIII (13 de diciembre) y trasladada en su "versión" de 1802, al Estatuto de Bayona. Según el art. 92, puede ser declarada dicha suspensión para todos los lugares y durante todo el tiempo que la seguridad del Estado esté amenazada por sublevaciones armadas y por tumultos. La suspensión se hace mediante una ley; en los casos urgentes, cuando la Asamblea Legislativa no esté reunida la decreta el gobierno, quien debe convocar entonces simultáneamente la Asamblea. El Senado consulto orgánico del 16 Termidor X, (y agosto 1802), menciona la suspensión de la Constitución entre las facultades del Senado (art. 55).

Este artículo 92 tiene importancia como precedente en su aspecto formal de la suspensión de garantías y del estado de sitio. Lo que se suspende por tiempo y lugares determinados, es el "imperio", es decir, la vigencia de la Constitución. El vigor de la Constitución puede quedar en suspensión temporalmente en determinadas zonas del país<sup>100</sup>. Realmente a diferencia del régimen del año II, la "suspensión de la Constitución" se concibe

como un instrumento extraordinario pero regular de protección del Estado.

Es decir, la Constitución de 13-2-1799 configura por primera vez, como dice Cruz Villalón, un instrumento constitucional de protección extraordinaria del Estado. Pero resulta incapaz de delimitar concretamente aquellos artículos de la Constitución cuya suspensión requiere dicha protección<sup>107</sup>.

Este carácter teórico de protección no nos puede inducir a ignorar los efectos de la suspensión en la práctica y en la realidad histórica tantas veces repetida. La suspensión no es un mecanismo que dé buenos resultados con respecto a los fines que se persigue, pues sitúa de nuevo el problema en términos revolucionarios. Todas las medidas excepcionales que las Constituciones establecen para hacer frente a circunstancias de emergencia tratan, como hemos visto, de retornar a la "normalidad constitucional", en un intento de legitimación pretendiendo anular o borrar su origen revolucionario; todo ello queda interrumpido por las medidas de suspensión que en cierta forma son un retorno al ámbito revolucionario. Y en general los efectos que se originan no corresponden a la intencionalidad legitimista y de restauración del orden anterior alterado.

Un caso concreto de texto constitucional que incluye la posibilidad de "suspensión de imperio" es el Estatuto de Bayona de 1804, cuyo artículo 38 la expresa taxativamente. El origen está en el tercer proyecto del Estatuto, cuyo Título VII relativo al Senado, en el artículo 36 expresa: "En el caso de sublevación

armada o de inquietudes que amenacen la seguridad del Estado, el Senado, a propuesta del Rey, puede suspender el imperio de la Constitución por tiempo determinado". El artículo es una mezcla del artículo 92 de la Constitución del VIII y del artículo 55 del "Senado-consulta" del año X. Pero en la Junta de Bayona hubo presiones para que fuera modificado y se añadió: "Podrá asimismo, en casos de urgencia y a propuesta del rey, tomar las demás medidas extraordinarias que exijan la conservación de la seguridad pública". De este modo pasó como artículo 38 al texto definitivo del Estatuto.

La suspensión de la Constitución, o de parte de ella, como puede ser la suspensión de las garantías constitucionales aparece relacionada con el citado "derecho de necesidad", *Notrecht*. Como dice Loewenstein: "La teoría de la monarquía constitucional, que siguió el precedente de la Carta francesa de 1814, supuso que los plenos poderes generales para una situación de excepción estaban implícitos en la función del gobierno. Esta doctrina bajo la designación de *Notrecht*, (derecho de estado de necesidad) fue también aceptada generalmente en Alemania hasta 1918". Bismarck recurrió a esta solución en el famoso conflicto constitucional entre la Corona y el Gobierno con la Dieta prusiana (1862-66), durante la cual la Constitución fue prácticamente suspendida. Tras la victoria contra Austria, la nueva Asamblea parlamentaria le otorgó la convalidación.

En Inglaterra el Parlamento puede decretar para un tiempo y región determinada la suspensión del *Habeas Corpus*<sup>10\*</sup>. El *Bill of Rights* de 1689 declara expresamente: "el pretendido poder de la

autoridad real de suspender las leyes o la ejecución de las leyes sin el consentimiento del Parlamento es ilegal". Al Decreto de suspensión del *Habeas Corpus*, (*Suspension of Habeas Corpus Act*), sigue indefectiblemente, una vez pasado el peligro, el *Indemnity Bill*, que exime de responsabilidad a los funcionarios por lo hecho durante la suspensión.

Entre 1688 y 1723, el *Habeas Corpus* fue suspendido siete veces, lo que indica qué pocos obstáculos jurídicos cualquiera que fuera su tipo, respetaban las clases dominantes cuando se trataba de proteger el ordenamiento tradicional. En cada caso se promulgó regularmente un *Act of Indemnity*'<sup>10</sup>.

Sobre esta correlación escribe Cruz Villalón: "Sin duda, la expectativa fundada de la promulgación de un "*Act of Indemnity*" al finalizar la vigencia de una "*Suspension Act*", confiere a este último un alcance práctico muy superior al que pueda desprenderse de su mismo texto, por más que el *Act of Indemnity* no sea, ni mucho menos ilimitado"". Es evidente que el uso y el efecto de la suspensión resulta modificado y distante de su espíritu original, ante la concatenación entre la suspensión y el *Act of Indemnity*.

En Estados Unidos los imperativos impuestos al Gobierno federal durante la guerra civil (1861-1865) llevaron al Presidente Lincoln a formular la doctrina de *Emergency*, según la cual el Presidente está autorizado a adoptar medidas que incumben normalmente al Congreso e incluso a los Estados. En ambos casos se trataría de una suspensión temporal de la Constitución. La

jurisprudencia norteamericana ha sido sin embargo, tradicionalmente hostil a la suspensión, aunque, la relativa a los derechos individuales se puede llevar a cabo por dos procedimientos.

En el primer caso, mediante la suspensión del *Habeas Corpus*, que según el artículo 12, Sección 9.2, sólo podrá suspender el Congreso "en aquellos casos de rebelión o invasión en que la seguridad pública lo requiera". En el segundo caso, por medio de la ley marcial. En el Tribunal Supremo, en 1866, el Juez David Davis, estableció en su conocida decisión. *Ex parte Milligan* las condiciones y ámbito de la suspensión. En esta decisión se expresa: "Así como la necesidad crea este régimen, así también limita su duración por ello; si tal régimen continúa después de que los Tribunales hayan sido restaurados, se trata entonces de una gran usurpación del poder". Esta declaración es muy expresiva y sugerente, y refleja cómo en realidad la jurisprudencia rechaza la teoría de la suspensión de la Constitución.

Como otro caso de suspensión, puede citarse el de la Constitución de Weimar. Cuando tras las elecciones de 1932, Hitler formó su primer gobierno en 1933, el régimen nacionalsocialista suspendió la Constitución de Weimar con los decretos de 4 de febrero de 1933 "En defensa del pueblo alemán", y "En defensa del pueblo y del Estado". Tras esto, se constituyó un régimen dictatorial de concentración de poderes en el *Führer*, con semejanza al sistema fascista italiano de Mussolini. Es decir, no hubo derogación expresa sino que quedó en suspenso la Constitución, y las consecuencias que se dedujeron son bien

conocidas. Es este ejemplo un caso muy representativo de cómo los efectos de una suspensión generalmente distan mucho de ser una restauración del orden constitucional interrumpido.

Hasta ahora nos hemos referido a constituciones en las que se prevé su suspensión, pero hay textos que explícitamente niegan tal posibilidad. El art. 130 de la Constitución belga de 1830 prohíbe cualquier suspensión total o parcial del texto. Otros ejemplos de Constituciones en que taxativamente se prohíbe la suspensión los encontramos en: Constitución francesa de 1848, art. 51; noruega de 1814, art. 17; luxemburguesa de 1866, artículos 36 y 113; griega de 1911, art. 35; filandesa de 1919, art. 28; turca de 1924, artículos 52 y 103. En la Constitución vigente italiana de 1947, se prevé en el artículo 48, la transmisión de poderes necesarios y relativos sólo al Estado de guerra internacional, ignorando las posibilidades de emergencias nacionales.

En cuanto a lugar en que se encuentran las disposiciones suspensorias, varía mucho según circunstancias del país, tiempo y tradiciones históricas. Puede ocurrir que la previsión de la suspensión, es decir, la regulación y la casuística esté contenida en leyes, como por ejemplo, en Francia las leyes de 18 de agosto, 3 de abril de 1878, 17 de abril sobre el estado de asedio y las leyes de 3 de abril de 1955 y 7 de agosto de 1955 sobre el estado de urgencia; para Inglaterra, la *Emergency Power Act* de 1920; para Italia el Texto Unico de las leyes de Seguridad Pública, aprobado por Real Decreto de 6 de noviembre de 1926, nº 1848, el sucesivo Texto Unico aprobado por Real Decreto de 18 de

junio de 1931, nº 773, así como el Real Decreto de 8 de julio de 1938, nº 1415 sobre la Ley de Guerra.

A veces la suspensión puede derivar de una deliberación parlamentaria, pero estos casos implican el recurso a un principio distinto de legitimidad, el democrático, representado en la Asamblea o Cámara de elección popular, y generalmente la motivación es una guerra internacional inminente. Citemos algunos ejemplos: para Gran Bretaña, la *Defense the Realm (Consolidation) Act*, de 1914 y las *Emergency Powers (Defense) Acts*, de 1939 y 1940; para Estados Unidos la *First War Powers Act*, y la Segunda Guerra Mundial. Como hemos indicado, en estos países democráticos la regulación de las medidas de suspensión provienen del poder legítimo legislativo legítimo, tienen un motivo concreto como puede ser la seguridad nacional y delimitan su alcance y duración, por lo que ciertamente son disposiciones transitorias que no desembocan en un proceso revolucionario.

En síntesis, la revisión de algunos casos históricos de suspensión nos muestra que en general no resulta eficaz en la consecución de los fines que se propone. La dimensión y el carácter de las suspensiones es revolucionario y no se logra superar este carácter salvo en contadas ocasiones. Y en cierta forma se produce un fenómeno paradójico, pues si bien todas las medidas excepcionales que las Constituciones establecen ante situaciones de emergencia, pretenden como hemos visto retornar a la "normalidad constitucional", e incluso los textos surgidos de las revoluciones tratan de legitimar su origen, las medidas de suspensión no colaboran ni participan en este proceso

legitimador, sino todo lo contrario; pues a menudo se vuelve a iniciar un proceso revolucionario con todo lo que ello implica de riesgo para la seguridad, orden, estabilidad y ejercicio de derechos civiles y políticos.

#### 4. RECAPITULACION

En una síntesis de este Capítulo se puede precisar que su objetivo es establecer que un aspecto de la realidad política-, las revoluciones y alteraciones políticas violentas-, inciden en los ordenamientos constitucionales, los cuales experimentan transformaciones y modificaciones de todo orden, como una primera muestra de la vinculación o relación permanente que a lo largo del constitucionalismo moderno se ha ido estructurando, entre realidad y Constituciones.

Las Constituciones que inician la edad contemporánea son resultado de sendos movimientos revolucionarios, y concretamente de revoluciones burguesas. Hemos analizado cómo la Revolución inglesa del siglo XVII, la Revolución francesa y la guerra de independencia de las colonias inglesas generan textos constitucionales, iniciándose así el proceso de interacción aún en marcha entre hechos y normas.

Si bajo los regímenes absolutistas de la Edad Moderna se denominaron "constituciones", a leyes importantes dictadas por la exclusiva voluntad del monarca, las constituciones contemporáneas surgidas tras los movimientos revolucionarios en una primera



definición se pueden entender como conjunto de leyes que rigen la convivencia de un país, adoptando así un significado más amplio del sentido pactista que había en el estamentalismo medieval.

La idea de Constitución según la mentalidad burguesa revolucionaria, es la de un texto escrito, en el que debe determinarse la ordenación política racional y que en su sentido formal es un instrumento de limitación a los gobernantes. Es evidente que tal significación está estrechamente vinculada a las teorías del contrato social y se podría afirmar que dichas constituciones son valoradas como la expresión misma del contrato. Se trata de documentos que obligan, garantizan, defienden y proporcionan estabilidad; o al menos, esa habría sido la pretensión de los revolucionarios burgueses.

Ahora bien, en cada ejemplo histórico que hemos citado se dan circunstancias y características propias.

1) En Gran Bretaña, el siglo XVII, con sus dos Revoluciones y la fundación de una dinastía sobre principios constitucionales fijos, es el "gran siglo que consagra los derechos del pueblo y del parlamento frente a la Corona, y limita los poderes legales del soberano. La Revolución inglesa de mediados de siglo se puede considerar la primera revolución *burguesa*, y en el ejército de Cromwell cristalizan corrientes de pensamiento antecedentes de la sociedad burguesa desarrollada y de los partidos políticos actuales. Los grandes conflictos de la Revolución inglesa son dos, uno político y otro religioso: ¿Quién dominará, el rey o el Parlamento? ¿Quién formará los espíritus: la Iglesia Romana, la

Iglesia anglicana o la Iglesia independiente? A estos problemas se añade el económico que es un problema esencialmente fiscal. ¿Quién y cómo pagará con impuestos los gastos del Estado? La revolución es desde luego el triunfo del Parlamento sobre la Corona, el triunfo de la ley común, pues desaparecen los tribunales de excepción o prerrogativa, la ley es la misma para todos, tan severa para el Estado como para los individuos, y el Habeas Corpus opone a la "razón de Estado", el dominio de la Justicia.

El siglo XVIII presencia el establecimiento progresivo de la supremacía política y administrativa del Parlamento, sobre el resto de las prerrogativas y el influjo personal del Rey. No se alcanza ese fin por cambios de ley, ni por promulgación de un nuevo código reglamentando la división de poderes entre Rey y Parlamento, sino que en el curso de dos siglos la Constitución inglesa fue transformada, pero no se inventó ningún mecanismo nuevo, sino que se atribuyeron nuevas funciones y poderes al antiguo, y se le dieron distintas significaciones a las formas tradicionales.

De la tensión existente entre monarquía y Parlamento surgen los documentos constitucionales, *Petition of Rights* de 1628, como reacción ante las violaciones de derechos y estatutos; y en 1642, el documento *Nineteen Propositions*, que demanda la sumisión del rey y la del Consejo ante el Parlamento y que alcanza una repercusión tal que es el factor desencadenante de la guerra civil que finaliza con la ejecución del rey en 1649. Años más tarde, cuando Jacobo promulga la Declaración de Independencia que

suspende una serie de estatutos aprobados por el Parlamento en defensa de la Iglesia anglicana, la resistencia que ocasiona culmina en la Revolución de 1688, que supone el advenimiento de la dinastía Orange y el tránsito a la monarquía parlamentaria. Hay que subrayar que la Glorious Revolution presenta un carácter defensivo y restaurador del Derecho que se entiende ha sido violado, lo que no es natural en los movimientos revolucionarios, pero es un levantamiento popular contra el rey Jacobo II cuando pretende modificar el orden tradicional.

Desde el punto de vista constitucional, la Revolución de 1688 significa el triunfo definitivo de la causa que inicia la Carta Magna, la vuelta a las libertades anglosajonas, y en la búsqueda del equilibrio entre Corona y Parlamento, la victoria de ésta implica el alejamiento de Inglaterra de las amenazas que supusieron las pretensiones de los Tudor y Estuardo, al mismo tiempo que en el continente, la monarquía absoluta alcanzaba su máximo momento de esplendor.

II) La Revolución americana demostró a Europa que las ideas de la Ilustración eran en parte realizables. Estados Unidos pasó a ser el modelo de país avanzado, democrático, y la Constitución americana la realización del "contrato social" roussoniano por la cristalización de ideas que no se habían materializado aún en Europa. Este ejemplo influyó de forma decisiva en la Revolución Francesa, y en la Declaración de los Derechos Humanos y del Ciudadano de 1789.

La Constitución de los Estados Unidos fue producto de un movimiento revolucionario y de independencia nacional, sin olvidar los factores económicos que actuaron de desencadenante de la rebelión. Pero no se puede considerar por los cambios sociales e internos ocurridos entre 1776 y 1783 a la Revolución americana, como una revolución social en el sentido más clásico, sino que analizando los factores políticos y económicos que la iniciaron, se la podría considerar como revolución conservadora.

Teniendo en cuenta el carácter independentista del movimiento, las instituciones americanas siempre tuvieron presente los aspectos negativos de un poder central excesivamente fuerte que habían padecido, así que la característica fundamental del texto americano, la separación de poderes, surgió más de un miedo reaccionario que de una filosofía positiva. Y asimismo hay que destacar que la Declaración de Independencia de la colonia fue la ratificación de un hecho, de una realidad, produciéndose la paradoja de que se justifica alegando derechos naturales e inalienables del hombre, recogiendo influencias de pensadores europeos que no habían tenido semejante eco en Europa. En su lucha independentista, los colonos reclamaron no sólo los derechos históricos y constitucionales de los ingleses sino los derechos universales del hombre y ciertamente, la Constitución resultante de este movimiento, alcanzó un estado democrático superior al establecido en Inglaterra.

III) En Francia es la Revolución Francesa la que imprime, origina y da carácter revolucionario a numerosas constituciones,

que tienen una vida agitada y convulsa. Algunos textos no llegan a tener vigencia, otros se modifican por cauces ilegales, algunos desaparecen violentamente, se producen involuciones y reacciones moderadas que detienen el curso del fenómeno revolucionario, y la burguesía que inicia la Revolución, en diferentes momentos trata de reconducirla y frenar la violencia creciente de la agitación democrática.

El inicio del movimiento constitucional revolucionario podemos fijarlo en el Juego de Pelota de 20 de junio de 1789 cuando reunido el Tercer Estado y orden eclesiástico juraron no separarse hasta haber dado a Francia una Constitución. A partir de ese momento, se suceden los textos constitucionales, que reflejan el conflicto entre burguesía y monarquía en principio, entre moderados y radicales más tarde, para desembocar en el enfrentamiento del Terror y los contrarrevolucionarios. Los golpes de Estado supusieron interrupciones traumáticas en la vida política francesa e incluso años más tarde fueron modelo en otros países y en otras circunstancias.

La 1ª Constitución revolucionaria (1791), inicia una nueva base de legitimación del poder del Estado frente a la antigua legitimidad monárquica. Como ejemplo de textos que surgidos de procesos revolucionarios tienen vida inestable, éste lo es en máximo grado, ya que desapareció en 1792 junto con la monarquía, cuya caída a impulso del fenómeno revolucionario, en un Estado de tradición monárquica fue de singular importancia.

Frecuentemente se ha producido en la historia constitucional francesa la violación de la Constitución vigente por uno de los órganos creados por ella misma, que ha alterado la legalidad desde la misma estructura constitucional. Por ejemplo la Asamblea legislativa en 1792, con el fin de convocar una Convención nacional a la que encomendó hacer una nueva Constitución.

La Constitución del año III fue suprimida por el golpe de Estado de 18 de Brumario y asimismo lo fue la de 1848 por el golpe de 1851. De ahí surgirán las constituciones del año VIII y del 14 de enero de 1852.

Fueron decisivas en la historia francesa y europea en general, las consecuencias políticas y constitucionales de las revoluciones de 1830 y 1848. Pues fue depuesta la dinastía Borbónica, surgió la Carta de 1830 que restauraba el sistema de soberanía nacional, en junio de 1848 fracasó la II República, se aplastaba el movimiento obrero, y los acontecimientos condujeron al golpe de Estado bonapartista de 1851. Como efecto de estas dos revoluciones se suprimieron las Cartas Constitucionales existentes ocasionando el surgimiento de nuevos textos. Y hay que subrayar que puesto que las revoluciones parten de la ilegalidad, la trayectoria que sigue el poder constituyente cuando se pretende en la búsqueda la legalidad producir un texto nuevo, no se atiene a derecho, sino que siguiendo el impulso de proceso revolucionario, impera la ley del más fuerte.

En unos casos es el dictador quien tras el golpe de Estado impone una Constitución como obra propia (Luis Napoleón, y la

Constitución de 1851). Otras veces es la Asamblea la que se adueña del poder constituyente (Estados Generales en 1789, transformados en Asamblea Constituyente), y en 1830, la Cámara de Diputados se apodera del poder constituyente y revisa la Carta de 1814 que luego acepta Luis Felipe como Carta nueva. Otro ejemplo de surgimiento de texto es cuando en 1793, la Convención aprueba una Constitución elaborada bajo el Terror, con importantes innovaciones como la sustitución de la soberanía de la nación por la del pueblo. Es evidente que la legitimación de los nuevos ordenamientos constitucionales instaurados en línea de hecho tras sucesos revolucionarios, no cabe que se produzca mediante el viejo sistema, que ha sido violado o ya desapareció, sino que se trata después de un cierto tiempo, de legitimar los actos que lo han originado y de borrar su procedencia revolucionaria.

Un efecto contrario a los excesos revolucionarios, pero ocasionado por ellos como reacción, se da en la Constitución del año III (1795), que es un texto conservador que cierra un ciclo del proceso revolucionario, ya que el elemento moderado de la revolución, ante la violencia desatada, trata de controlar el proceso político. La burguesía francesa experimentaba el agotamiento del juego político y sólo procuraba rehacerse económicamente. Este tipo de reacciones en los procesos revolucionarios se puede considerar como una etapa que se cumple de forma inexorable tras un período de terror incontrolado.

IV) Hemos analizado la influencia de los movimientos revolucionarios burgueses en el orden constitucional que configuran; queda ahora referirnos al derecho excepcional, como

una segunda fase del diálogo entre la realidad, -realidad imprevista y excepcional-, y los textos constitucionales, y que constituye una de las piezas con las que se estructura tal relación.

Incluso los textos surgidos de revoluciones, tratan de permanecer y mantener su vigencia normativizando la realidad política.

Para ello, en un primer momento establecen una "normalidad constitucional" con el fin de erradicar la memoria de su origen revolucionario y puesto que ellos fueron resultado de una alteración radical de la legalidad, tratan de precaverse y recurren a una normatividad excepcional frente a esas mismas alteraciones o movimientos revolucionarios que les dieran origen.

Se podría sintetizar afirmando que existe un ciclo que la historia demuestra que se cumple:

- 1) La realidad política y los movimientos revolucionarios modifican y transforman los textos.
- 2) Los textos son reflejo de esa realidad política y a su vez la modifican; surgen de la violación de la legalidad, pero renunciando a su origen tratan de restablecer la "normalidad constitucional".
- 3) En su intento de permanecer, prevén mecanismos de defensa, frente a alteraciones de legalidad semejante a las que provocaron su surgimiento.



- 4) Algunos de estos mecanismos no resultan en la práctica eficaces, pues sitúan de nuevo el problema en el ámbito revolucionario.

Entre las medidas que la normatividad excepcional incluye están el estado de excepción y la dictadura constitucional, y se pueden considerar fundamentalmente como garantías de la constitución frente a situaciones de crisis y como reacción de defensa del ordenamiento frente a las alteraciones de orden político.

Incluso cuando no esté previsto explícitamente el derecho excepcional en el texto constitucional, la experiencia muestra que se recurre a procedimientos, como puede ser la "exoneración parlamentaria", para conseguir suspender el ordenamiento constitucional en momentos de crisis.

Ahora bien, si lo dicho hasta aquí es la justificación de derecho excepcional, su desarrollo y aplicación tiene aspectos muy controvertidos. Pues, las notas de temporalidad y parcialidad, así como la rigurosa tipificación de las circunstancias que justifiquen las medidas de excepción, en numerosas ocasiones no se cumplen, favoreciendo actuaciones políticas arbitrarias. Características propias tiene la figura de la suspensión constitucional, que deja la legalidad interrumpida o en suspenso, aunque con la idea de volver a ella tan pronto se restablezca la normalidad, pero se trata de una abolición "legal-revolucionaria" de la Constitución, que se sustituye temporalmente por régimen revolucionario por lo que desaparecen

las garantías, mientras que en el estado de excepción no hay tal eliminación revolucionaria de las garantías en general.

En el fondo del problema del Derecho excepcional referido a los textos constitucionales surgidos de movimientos burgueses, está el interés de conservar o perpetuar lo que ha sido resultado de una dura conquista. Se trata de preservar y mantener el texto constitucional, -el documento contractual-, y dotarlo de los resortes que lo hagan capaz de superar todos los peligros de desaparición o involución.

Pero la historia nos prueba que no siempre los instrumentos previstos producen los efectos esperados. Si ciertamente las medidas excepcionales que adoptan las Constituciones tratan de retornar a la "normalidad constitucional" en un intento de legitimación, pretendiendo anular su origen en ciertos casos revolucionario, todo ello queda obstaculizado por las medidas de suspensión, cuyas consecuencias no corresponden ni contribuyen al propósito legitimador y restaurador del orden previo alterado, lo que favorece las condiciones para que se reanude el ciclo que hemos citado en primer lugar, favoreciéndose así la inestabilidad política.

## 5. NOTAS

- 1) Cf. A. Mauriou, *Derecho Constitucional e instituciones políticas*. Ed. Ariel, Barcelona, 1971, pág. 182.
- 2) Ibid., pág. 187.
- 3) Ibid., pág. 185
- 4) Vid. R. García Cotarelo, (Comp.) *Introducción a la Teoría del Estado*, Editorial Teide, Barcelona, 1981, pág. 132.
- 5) Ibid., pág. 133.
- 6) Cf. A. Pizzorusso, *Lecciones de Derecho Constitucional*, CEC, Madrid, 1984, Vol. I, pág. 30.
- 7) Sobre la evolución de las libertades en Inglaterra, véase: A.V. Dicey, *Introduction A l'etude du droit constitutionnel* (trad. francesa), Soufflot, Paris, 1902, E.C.S. Wade y Godfrey Philips, *Constitutional Law*, 4ª ed. Longman Green y Cia, London-New York, Toronto, 1951. G. Ostreich, *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten in Urtexten*, Duncker und Humblot, Berlin, 1968.
- 8) Cf. H. Pritchett, *La Constitución Americana*, Buenos Aires, 1965, pág. 183.
- 9) Sobre estos textos, véase: Fritz Kern, *Recht und Verfassung in Mittelalter*, Benno Schwabe, Verlag, Basel, 1967.
- 10) Cf. M. García Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, Revista de Occidente, Barcelona, 1967, pág. 265.
- 11) Sobre la historia Constitucional Inglesa, véanse entre otras obras: D.L. Keir, *The Constitutional History of Modern Britain*, A y Ch. Black, Londres, 1946. J.L. De Lolme, *The Constitution of England or an Account of the English Government*, Basilea, 1972. Valter Bahegot, *The English Constitution*, by... Oxford University Press, London, 1968. Harold J. Laski, *Le gouvernement parlementaire en Angleterre*, Presses Universitaires de France, 1950. T. Redslob, *Le regime parlementaire*, Marcel Girard, Paris, 1924. G. Sabine, *A history of Political Theory*, George G. Harrap, Londres, 1968.

- 12) Vid. M. García Pelayo, op. cit., pág. 266.
- 13) Ibid., pág. 268.
- 14) Véase: A.L. Morton, *A people History of England*, Lawence and Wishart, Londres 1947, pág. 248.
- 15) Cf. C.J. Friedrich, *A people History of England*, Lawrence and Wishart, Londres, 1947, pág. 248.
- 16) Cf. Vicens Vives, *Historia General Moderna*, Ed. Vicens Vives, Barcelona, 1976, pág. 315, I.
- 17) Ibid., pág. 317.
- 18) Cf. A. Esmein, *Eléments de droit Constitutionnel français et comparé*, A. Collins, París, 1910, ed. Vol. I, pág. 576.
- 19) Vid. D.L. Keir, *The Constitutional history...*, op. cit., pág. 15.
- 20) J.W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional history*, at the Clarendon Press, Oxford, pág. 220.
- 21) Vid. M. García Pelayo, op. cit., pág. 270.
- 22) Ibid., pág. 270.
- 23) Cf. Gumersindo Azcárate, *La Constitución inglesa y la política del continente*, V. Suárez, Madrid, 1878, pág. 24.
- 24) Ibid., pág. 36.
- 25) Cf. M.G. Trevelyan, *Rivoluzione inglese del 1688-89*, Pavese, Torino, 1940, pág. 4.
- 26) Vid. M. García Pelayo, op. cit., pág. 271.
- 27) Ibid., pág. 268.
- 28) Vid. A. Hauriou, op. cit., pág. 120.
- 29) Cf. J. Laferriere, *La coutûme constitutionnelle*, R.D.P., París, 1944, pág. 20.
- 30) Sobre la Constitución de 1791, véase: J.J. Chevalier, *Histoire des institutions politiques de la France*

moderna, 1789-1945, Ed. Armand Collins, 2ª ed., París, 1963.

- 31) De las 13 colonias británicas origen de los Estados Unidos, había tres clases: 1º) Colonias de la Corona, que comprendía a las otras dos, esto es, propiedad del Rey de Inglaterra bajo la administración del Parlamento; 2º) Colonias propiedad privada de algunas personas, por concesión real; 3º) Colonias concedidas a compañías. Es decir, siendo todas de la Corona, unas las administraba directamente, otras por concesión a particulares.
- 32) Vid. M. García Pelayo, op. cit., pág. 326.
- 33) Cf. Ch. Beard, *And economic interpretation of the Constitution of the United States*, Macmillan, New York, 1913.
- 34) En opinión de M. García Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, op. cit., pág. 335, la investigación de Ch. Beard es profunda pero con un criterio un tanto mecánico, y apoyándose más en los intereses subjetivos de los miembros de la Convención de Filadelfia que en la correlación entre estructura económica subjetiva y el orden jurídico expresado en el texto de 1787.
- 35) Sobre Historia Constitucional Americana, véase: R. Hofstadter, *La tradición política americana*, Seix Barral, Barcelona, 1969. A.M. Potter, *American Government and Politics*, Faber, Londres, 1969. B. Bailyn, *The Origins of American Politics*, Vintage, Nueva York, 1970.
- 36) Cf. B. Channing, *A History of the United States*, 6 Vols. *The American Revolution*, Macmillan, Vol. III, Nueva York, 1948.
- 37) Cf. A. Nevins y H.S. Commager, *History of the United States*, Vintage, New York, 1942, pág. 73.
- 38) Vid. M. García Pelayo, op. cit., pág. 332.
- 39) Cf. Vicens Vives, *Historia General Moderna*, Ed. Vicens Vives, Barcelona, 1964, pág. 168.
- 40) Cf. R. Palmer y J. Colton, *Historia contemporánea*, Akal editorial, Madrid, 1980, pág. 76.

- 41) Cf. R. García Cotarelo, *Teoría del Estado y Sistemas Políticos*, UNED, Fac. de Ciencias Económicas, Madrid, 1986, Vol. II, pág. 39.
- 42) Vid. A. Hauriou, op. cit., pág. 438.
- 43) Sobre la influencia de la Revolución americana en Europa, véase: P. Sagnac, *La fin de l'Ancien Régime et la révolution américaine, 1763-1789*, 3ª ed. Presses, Universitaires de France, París, 1952. B. Pay, *L'esprit révolutionnaire en France et aux États Unis à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle*, R.D.P., París, 1925. F. Jameson, *The American Revolution considered as a Social Movement*, Princenton University Press, Princenton, 1940.
- 44) Vid. R. Palmer y J. Colton, op. cit., pág. 78.
- 45) Vid. R. García Cotarelo, op. cit., Vol. 2, pág. 61.
- 46) Vid. A. Hauriou, op. cit., págs. 504-505.
- 47) Vid. A. Hauriou, op. cit., pág. 506.
- 48) Vid. A. Pizzorusso, op. cit., pág. 23.
- 49) Vid. M. García Pelayo, op. cit., pág. 457.
- 50) Cf. M. Prélot, *Précis de Droit Constitutionnel*, P.U.F., París, 1950.
- 51) Vid. M. García Pelayo, op. cit., Cf. 462.
- 52) Véase: J. Barthelemy y P. Duez, *Traité élémentaire de Droit Constitutionnel*, Dalloz, París, 1933. M. Deslandres, *Histoire Constitutionnelle de la France de 1789 à 1870*, P.U.F., París, 1933.
- 53) Vid. M. García Pelayo, op. cit., pág. 466.
- 54) Sobre Robespierre véase: A. Cobban, "The political ideas of M. Robespierre during the period of the Convention", en *The English Historical Review*, 1946, págs. 45 a 80. "The fundamental ideas of M. Robespierre", *The English Historical Review*, 1948, págs. 29-51. A. Saboul, *La I<sup>re</sup> République (1792-1804)*, París, 1968.
- 55) La influencia de la Constitución de 1793 sobre la izquierda, véase: Michelet, *Histoire de la Révolution*

française, París, 1934. L. Von Stein, *Geschichte der Soziale bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere tage*, Munich. K. Deslandres, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 a 1870*, París, 1833. L. Trotabas, *Constitution et Gouvernement de la France*, París, 1930.

- 56) Las constituciones revolucionarias francesas se extendieron rápidamente por Europa y fuera de Europa, y sirvieron de modelo a diferentes países que estrenaban vida constitucional. Concretamente la de 1795, fue fuente de inspiración de varias constituciones americanas.
  
- 57) Respecto a la reacción termidoriana, véase: G. Lefebvre, *Les Thermidoriens*, París, 1937. R. Pouch, *La réaction Thermidoreenne a Lyon (1795)*, Lyon, 1957. K. Tönnesson, *La défaite des sans-culottes : mouvement populaire et réaction bourgeoise en l'an III*, París, 1959.
  
- 58) El dieciocho Brumario, (9 de noviembre de 1799) tuvo lugar el golpe de estado que coronó el proceso de la contrarrevolución burguesa y tuvo como resultado la instauración de la dictadura militar de Napoleón Bonaparte.
  
- 59) Cf. E. Sieyès, *Qu'est-ce-que le tiers état?*, París, 1888, pág. 30.
  
- 60) Véase: K. Marx, *El 18 de Brumario de L. Bonaparte*, ed. Ariel, Barcelona, 1971. A. Vandal, *L'avenement de Bonaparte*, 2 Vols., París, 1903. J. Bainville, *Le 18 Brumaire*, París, 1926. A. Ollivier, *Le 18 Brumaire*, París, 1959.
  
- 61) Véase: V. Sombart, *El burgués : contribución a la historia espiritual del hombre económico moderno*, Alianza, Madrid, 1966. J.L. Romero, *Estudio de la mentalidad burguesa*, Alianza, Madrid, 1987. C.H. Moraza, *La France bourgeoise XVIII-XIX<sup>e</sup> siècle*, París, 1934. Y W.W. Rastow, *British economy of the Nineteenth Century*, Macmillan, Londres, 1948.
  
- 62) Véase: K. Pastor, *Ensayos sobre la dictadura*, Ed. Túcar, Madrid, 1977. S. Moore, *Crítica de la democracia capitalista*, Siglo XXI, 4a ed., Madrid, 1974.

- 63) Cf. P. Biscaretti di Ruffia, *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, Ed., Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1979, pág. 220.
- 64) Sobre la Carta de 1830, véase: Bernat Saint Poix, *Commentaire sur la Charte Constitutionnelle*, París, 1836. Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnelle*, P.U.F., París, 1968.
- 65) Vid. A. Esmein, *Eléments...*, op. cit., 7ª ed. Vol. I, pág. 579.
- 66) Cf. R. Carrá de Malberg, *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, pág. 211.
- 67) Vid. A. Esmein, op. cit., pág. 580.
- 68) La Carta Constitucional de agosto de 1830, aunque no represente cambios constitucionales importantes, si regulariza cambios sociológicos de más largo alcance. Véase: G. Burdeau, *Derecho Constitucional e instituciones políticas*, Ed. Nacional, Madrid, 1981.
- 69) Sobre el Estatuto Albertino en general, véase: G. Maranini, *Le origini dello Statuto Albertino*, 1926. Falco, *Lo Statuto albertino e la sue preparacione*, 1945. M.S. Gianini, *Lo Statuto albertino*, 1946. M. Valsassina, *La decadenza dell'ordinamento statutario*, Ed. dell'Brussola, Roma, 1949. V. Mical, *Principii de Diritti Costituzionale*, 2ª Ed., Milano, 1913.
- 70) Sobre Luis Napoleón Bonaparte escribe Marx; "El primer presidente de la República francesa, Luis Napoleón Bonaparte, no sólo había perdido la ciudadanía francesa, no sólo había sido agente especial de la policía inglesa, sino que era incluso un suizo naturalizado". *El 18 Brumario de Luis Bonaparte*, Ariel, Barcelona, 1971, pág. 37.
- 71) Vid. A. Pizzorusso, op. cit., pág. 38.
- 72) Sobre la 2ª República Francesa de 1848, es básica la obra de P. Bastid, *Doctrines e institutions politiques de la seconde République*, 2 Vols., Galimard, París, 1945.
- 73) Sobre este período de la historia de Francia, véanse las obras de Carlos Marx, *La lucha de clases*, (sucesos de 1848). *El dieciocho de Brumario* (el bonapartismo).



*La guerra civil en Francia* (la Tomuna). Trad. española Aguilera, Madrid, 1970.

- 74) Un intento de sistematización del pensamiento napoleónico, véase: *Napoleón Louis Bonaparte, Des idées napoléoniennes*, Paris, 1839.
- 75) Cf. P. Cruz Villalón, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Editorial Tecnos, Madrid, 1984, pág. 17.
- 76) *Ibid.*, pág. 19.
- 77) Cf. M. García Pelayo, *op. cit.*, pág. 167.
- 78) Sobre este tema, véase: K. Reber, *Das Notrecht des Staates*, Verlag, Berna, 1958. G.R. Toendury, *der Begriff des Notstandes im Staatsrecht*, Verlag, Sauerländer Co., Aarau, 1947. H.E. Folz, *Staats notstand und Notstandrecht*, Verlag, Köln, 1962.
- 79) Sobre este artículo, véase: Cf. O. Orban, *Le Droit constitutionnelle de la Belgique*, Tomo I. E. National, Liège, 1976, pág. 332. E. Errera, *Traité de droit public belge*, E. National, Bruxelles, 1964, pág. 1989.
- 80) Numerosos autores italianos han estudiado el uso de los "decreti legge", en situaciones de emergencia. Como: L. Rossi, S. Romano, Lombardo-Pellegrino, Ferracciù, Paladin, Azzariti, Solazzi, etc.
- 81) Cf. E. Spagna Musso, "Introduzione ad uno Studio sulle fonte atipiche", en *Rivista trimestrale di diritto civile*, Milano, marzo, 1966, ann XX, nº 1, pág. 212.
- 82) Cf. D. Valares, *La dictadura constitucional en América Latina*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1974, pág. 155.
- 83) Cf. M. Poulantzas, *Fascismo y Dictadura*, F.C.E. México, 1971, pág. 398.
- 84) Teoría general sobre el problema véase: P. Lucas Verdú, *Curso de Derecho Político*, *op. cit.*, Vol. II, pág. 678. K. Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*, pág. 128.
- 85) Vid. P. Cruz Villalón, *op. cit.*, pág. 33.

- 86) Vid. C. Schmitt, op. cit., pág. 31.
- 87) Ibid., pág. 34.
- 88) Cf. J. Friedrich, *Teoría y realidad en la organización constitucional democrática*. Trad. de V. Herrero, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1946, pág. 243.
- 89) Cf. M. Pastor, *Ensayos sobre la dictadura*, Túcar, Madrid, 1977, pág. 10.
- 90) Cf. H. Heller, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, ed. México, Buenos Aires, 1965, pág. 152.
- 91) Cf. C. Schmitt, *La Dictadura*, Revista de Occidente, Madrid, 1968, pág. 181.
- 92) Vid. M. García Pelayo, op. cit., pág. 166.
- 93) Ibid., pág. 259
- 94) Ibid., pág. 260.
- 95) Concretamente sobre el artículo 48 de la Constitución de Weimar, véase: C. Schmitt, *Legalidad y legitimidad*, Ed. Alianza, Madrid, 1968. T. Stammen, *Sistemas políticos actuales*, Guadarrama, Madrid, 1969. K.D. Bracher, *La dictadura alemana*, (2 Vols.), Alianza, Madrid, 1969. A. Rosenberg, *Geschichte der Weimarer Republik*, Europäische Verlaganstalt, Frankfurt, 1971.
- 96) El recurso a la suspensión y a la introducción de medidas excepcionales derogadas de sistemas de garantías constitucionales, pero encaminadas a la conservación de la Constitución material, ha movido a hablar de una "razón de Estado" propia de los sistemas constitucionales.
- 97) Entre ellos: Paul Leroy, *L'organisation constitutionnelle et les crisis*, París, 1966. J. Bury, *La idea de progreso*, Alianza editorial, 1971. P.H. Merk, *Political continuity and Change*, Harper and Row, Tokio, 1967. David Easton, *Política Moderna*, Ed. Letras, México, 1968. J. Friedrich, *Constitutional Reason or State. The survival of the Constitutional Order*, University Press, Providence, 1957. P. Grassano, *Il problema giuridico dello stato de assedio nell ordinamento italiano*, Università di Pavia, Pavia, 1959.

- G. Burdeau, *les libertés publiques*, Ed. Nacional, Madrid, 1980. David Easton, *Política moderna*, Editorial Letras, México, 1968.
- 98) Vid. Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Alianza Universidad Textos, Madrid, 1968. pág. 116.
- 99) Ibid., pág. 118.
- 100) Ibid., pág. 125.
- 101) Cf. M. Hauriou, *Principios de Derecho Público Constitucional*, Reus, Madrid, 1927, pág. 220.
- 102) Vid. P. Cruz Villalón, *El Estado de Sitio y la Constitución*, C.E.C., Madrid, 1927. pág. 107.
- 103) Cf. P.A. Mignet, *Histoire de la Révolution Française*, E. Galimard, Bruxelles, 1839, T. II, pág. 15.
- 104) Cf. A.L. Saint-Just, *Discours et rapports*, Galimard, Paris, 1968, pág. 67.
- 105) Cf. R. Robespierre, *Textes Choisis*, P.U.F., Paris, 1967, T. III, pág. 98.
- 106) Vid. P. Cruz Villalón, op. cit., pág. 283.
- 107) Ibid., pág. 289.
- 108) Cf. C. Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1976, pág. 287.
- 109) Sobre el Writ de Habeas Corpus, véase: B. Delignieres, *Le Writ d'Habeas Corpus ad subjiciendum en Droit Anglais*, Paris, Libraire du Recueil, Sirey, 1952. Robert J. Sharpe, *The Law of Habeas Corpus*, Univesity Press, Oxford, 1976. A.V. Dicey, *Introduction a l'etude du Droit constitutionnel*, Soufflot, Paris, 1902.
- 110) Cf. A.V. Dicey, *Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution*, Macmillan, and Co., London, 1985.
- 111) Vid. P. Cruz Villalón, op. cit., pág. 294.
- 112) Cf. Ex parte Milligan, 4 Vall, 2, 28, 1886, pág. 120 y ss.

## II. LA CONSTITUCION COMO PROGRAMA

## INTRODUCCION

Hasta ahora nos hemos referido al modo en que un aspecto de la realidad política, las revoluciones, las alteraciones de legalidad, los cambios violentos, inciden, modifican y transforman los textos constitucionales. Pero las constituciones, además de prever mecanismos excepcionales, suspensiones y dictaduras para asegurar su permanencia y contrarrestar los efectos de las alteraciones de la legalidad, también prevén mecanismos de transformación de la realidad, y de esta naturaleza podemos considerar que son las normas programáticas y las Declaraciones de Derechos.

Una vez que se han establecido los caracteres generales del sistema político que se ha constitucionalizado, suelen incluirse en el texto unas normas programáticas, que serán de mucho interés en nuestro trabajo, debido a que su teoría encierra un aspecto esencial de las relaciones reales entre Constituciones y realidad política.

Especial atención prestaremos a las relaciones entre normas programáticas y derechos humanos, ya que se trata de una de las facetas más decisivas de la incidencia de la Constitución como norma sobre la vida política de los individuos. En realidad, los derechos humanos tienen por su naturaleza algo de programáticos, en tanto que marcan y precisan una actuación a los poderes públicos. Ahora bien, las normas programáticas han ido evolucionando, experimentando cambios e innovando su contenido a

lo largo de estos dos últimos siglos, y con ello han modificado asimismo su influencia en la realidad. Este proceso de evolución y cambio, y la situación de las normas programáticas en algunos textos vigentes será el último aspecto del tema que vamos a exponer.

Parecido desarrollo va a tener el epígrafe dedicado a las Declaraciones de Derechos, pues la problemática que les afecta es similar. La evolución de las Declaraciones de Derechos, de su contenido, el surgimiento de nuevos derechos positivados en los textos constitucionales a consecuencia de la presión de una nueva realidad económica y el intento de hacer más amplia la esfera que normativizan las Constituciones, nos indica la categoría de instrumentos de adecuación entre realidad y textos que poseen las Declaraciones dentro del marco constitucional.

Pero si estos instrumentos surgieron en los textos constitucionales democráticos liberales para hacer posible modificaciones en la realidad que de otras normas constitucionales no cabía esperar, se plantea reflexionar sobre si tales medios o instrumentos han sido suficientes, o si se ha requerido otras técnicas y mecanismos con el mismo fin. En el desarrollo de esta tesis contemplamos cómo ha sido necesario seguir perfeccionando los medios de adecuación y transformación de la realidad concreta tratando de hacer máxima la operatividad de las Constituciones.

## 1. NORMAS PROGRAMATICAS

### 1.1.- INTRODUCCION

Sin detenernos en la teoría general de las normas programáticas por bien conocida, nos referiremos brevemente a su definición y naturaleza como prólogo a su estudio desde la perspectiva de instrumento constitucional de transformación.

La definición que Lucas Verdú hace de las normas programáticas como la expresión normativa de ciertos objetivos políticos fijados por el constituyente, cuyo cumplimiento se encomienda al legislador futuro, destaca dos rasgos que son básicos sin ser los únicos que las caracterizan<sup>1</sup>. En primer lugar, las normativas programáticas señalan unas metas o una dirección de actuación, dirigida a los órganos competentes del Estado, pero su cumplimiento necesita una posterior realización de diversos poderes. Como dice Crisafulli, las citadas normas se caracterizan porque no regulan desde el principio e inmediatamente las situaciones a que se refieren, sino que ordenan comportamientos públicos destinados a incidir sobre esas materias<sup>2</sup>. Este carácter indicador de actuación presta a la Constitución una dinamicidad y una posibilidad renovadora en sí misma, en la medida en que se considera fundamental la realización de los objetivos señalados en las normas programáticas<sup>3</sup>. Si bien en algunos de los primeros textos constitucionales, se produjo la inserción de textos retóricos o afirmaciones desprovistas de alcance normativo, en las constituciones actuales es característica la abundancia de normas

programáticas, reflejo de la voluntad existente de modificar la estructura social, indicando metas no inmediatas, en cuya consecución ha de colaborar el legislador ordinario<sup>4</sup>.

La realidad nos muestra cómo algunos de los objetivos señalados no se llegan a alcanzar, o su consecución experimenta demoras indefinidas, lo que plantea el problema de qué grado de eficacia cabe esperar de ellas. Es decir, cómo inciden en la realidad, qué relación mantienen con hechos concretos y cómo transforman los ámbitos sociales, políticos y económicos.

## 1.2.- EFICACIA JURIDICA DE LAS NORMAS PROGRAMATICAS

Este aspecto fundamental de las normas programáticas<sup>5</sup>, por su incidencia en la vida práctica ha sido muy debatido por los autores entre los que se mantiene que no hay medios jurídicos para obligar al legislador ordinario a realizar lo prometido o enunciado en una norma programática, y que los ciudadanos no tienen derecho a exigir que se dicte una ley que concrete el contenido de una norma. Según esto, determinados sectores de las constituciones, sobre todo lo referente a derechos socioeconómicos, se quedan reducidos a promesas incumplidas o pendientes de larga espera.

Frente a estas posiciones críticas que consideran las normas programáticas como recurso retórico o mera expresión de deseos e intenciones, otros autores valoran estas normas como fundamentales y necesarias. Por ejemplo Tesauro opina que como el



Derecho no pueda disciplinar la multiplicidad y variedad de la vida social, requiere normas encaminadas que indiquen las líneas directrices de una actividad determinada. Especialmente, esto es así en el ámbito constitucional, dada la naturaleza cambiante de la realidad que le sirve de base, que depende de la orientación de las fuerzas políticas y de las normas y directrices que apunten al futuro y que tracen un programa político".

Asimismo Tesouro precisa que no pueden considerarse las normas programáticas imperfecciones dentro del texto constitucional, porque disciplinan la organización del Estado sólo en sus líneas generales, y necesitan para su concreción otras normas jurídicas", sino que esto ocurre en todo el campo del Derecho. Las normas constitucionales de organización se integran necesariamente con leyes ordinarias encaminadas a regular en particular la vida estatal, y la eficacia de aquéllas, las constitucionales, estriba en la medida que establecen las bases y condiciones de la existencia y eficacia de las normas ordinarias.

También P. Barile destaca la importancia de las normas programáticas constitucionales, y señala que tales normas en cuanto corresponden al fin político de la Constitución material, son auténticas normas jurídicas y caracterizan el régimen político, de forma que su modificación sustancial rebasaría los límites del poder de revisión, compitiendo al poder constituyente que es el que establece el mínimo constitucional inmodificable".

No podemos dejar de señalar que además del carácter jurídico de las normas programáticas, su proyección eficaz tiene otros aspectos, pues en primer lugar contribuyen a esclarecer el significado objetivo de otros preceptos del desarrollo del ordenamiento, es decir, contribuyen a la interpretación constitucional y además, partiendo de que las Constituciones actuales mediante las normas programáticas tienen cierto carácter planificador, la demora en las actuaciones legislativas previstas puede tener efectos negativos sobre su viabilidad.

Luego en respuesta al problema que nos ocupa, de cómo las normas programáticas que los textos constitucionales incluyen, alteran y modifican la realidad, podemos resumir que sus efectos transformadores son consecuencia de su diversa y eficaz actuación, ya que:

- 1) Son orientadoras de legislación.
- 2) Coadyuvan en la interpretación constitucional.
- 3) Fijan metas y objetivos, dinamizando el texto.
- 4) Contribuyen a la realización del modelo político fijado.
- 5) Inspiran y comprometen la futura actuación de los poderes públicos.

De la enumeración de cómo actúan las normas programáticas se deduce que poseen un tipo de eficacia positiva que traducida a efectos concretos en la realidad resulta ser incompleta en tanto que necesita la acción posterior del legislador ordinario con los problemas que ello implica. Se puede señalar además otro tipo de eficacia de carácter negativo, en tanto que el contenido de una

norma programática impide cualquier actividad de los poderes públicos en sentido contrario al expresado en ella, pero ciertamente este tipo de eficacia no puede considerarse como activo y definitivo. Si todo lo referente a la eficacia de las normas programáticas es de suma importancia, resulta esencial la relación de tales normas y los derechos humanos, por su carácter en cierta medida programático y porque incide fundamentalmente en la regulación de la vida de los ciudadanos. Debido a ello, nos referimos a continuación a dicha relación.

### 1.3.- DERECHOS HUMANOS Y NORMAS PROGRAMATICAS CONSTITUCIONALES

Cuando las normas programáticas constitucionales se refieren a Derechos Humanos, la importancia y transcendencia del problema de su eficacia alcanza su máximo nivel, y el debate doctrinal al que nos referimos en el epígrafe anterior, encuentra nuevos aspectos. Y es que las normas programáticas referidas a Derechos Humanos tienen, como destaca Lucas Verdú, un tipo de eficacia diversa ya que:

- 1) Se imponen al intérprete de la Constitución.
- 2) Limitan la reforma del texto constitucional.
- 3) Suponen un compromiso de los poderes públicos, que respetando la decisión política que representa el texto, tiene que traducir el contenido de la norma en hechos concretos.

- 4) Implican la misión de vigilar y reclamar, por parte de la oposición, que se realicen los mandatos programáticos y que cumpla su contenido<sup>10</sup>.

Ahora bien, en estrecha relación con la eficacia que se cuestiona, está el aspecto de la "reserva de ley"<sup>11</sup>. A menudo, la enunciación de los Derechos Humanos reenvía a una ley ordinaria, que desarrollará y concretará el ejercicio del derecho. Este procedimiento no es en sí exclusivo de la parte orgánica de la Constitución, pero sí cabe preguntarse si no es consecuencia del clásico debate que cuestiona la eficacia de las normas programáticas. Se puede considerar, y la práctica lo confirma, que ante las dudas que suscita la efectividad jurídica de las normas constitucionales, y ante la certeza que se predica del derecho ordinario, la Constitución recurre a la ley ordinaria, tratando así de reforzar su eficacia real. Eso significa el reconocimiento de que la efectividad jurídica de la Constitución que es la supernorma y la cúspide del ordenamiento jurídico, no siempre y de forma absoluta ha tenido su acatamiento en la práctica real por los jueces, tema que será objeto de desarrollo en el Capítulo V Jueces y Constitución. Se recurre pues a la "reserva de ley" como una garantía de que ésta sí será cumplida y aplicada por el poder judicial, y como es evidente, la ley ordinaria que regule el derecho enunciado en normas programáticas constitucionales no podría ir en contra de la esencia del derecho humano correspondiente. Pero no son sólo los Derechos Humanos los que se tratan de proteger mediante el recurso de "reserva de ley", sino que el procedimiento es extensible a normas programáticas de diverso contenido. En síntesis podemos afirmar

que las normas programáticas referidas a Derechos Humanos tienen por sí mismas la eficacia parcial que hemos analizado en el epígrafe anterior, aún recurriendo como otras normas programáticas a reforzarla mediante el procedimiento de "reserva de ley".

#### 1.4.- ALGUNOS EJEMPLOS DE NORMAS PROGRAMATICAS

Vamos a referirnos a algunas normas programáticas contenidas en Constituciones de los siglos XIX y XX, porque aunque lo expuesto anteriormente tiene validez general, hay algunos textos con características propias.

Como ya hemos comentado, el reenvío a las leyes ordinarias por parte de las normas programáticas está motivado por la necesidad de reforzar la eficacia del mandato constitucional.

Se pretende que quede indiscutido su sentido y su contenido, y proporcionar a los jueces que son los que vinculan el ordenamiento con la realidad, instrumentos incontrovertibles que señalen claramente la línea de su actuación y que disipen toda duda sobre la intencionalidad del texto. Como posteriormente veremos la actuación de los jueces representa un problema muy complejo, conexo con la operatividad de la Constitución y su función transformadora.

Ahora bien, si la disposición constitucional además de ser programática, es vaga y lacónica, tampoco la referencia al

desarrollo por el poder legislativo representa protección o garantía. El Estatuto Albertino<sup>12</sup> muestra un caso típico de ambigüedad. Veamos: dedicaba el Preámbulo y ocho artículos, del 24 al 32, a los derechos humanos y a la regulación de libertades: individuales, de prensa, de religión, de reunión respecto a la propiedad privada, etc. Pero, las fórmulas empleadas eran muy breves, por ejemplo el art. 28 disponía "...la imprenta será libre, pero una ley reprimirá sus abusos".

Resulta evidente que esta redacción favorece cualquier interpretación sobre lo que constituye un abuso reprimible. Es una puerta abierta a actuaciones públicas que vayan en contra de la esencia del derecho que se pretende defender, y es un ejemplo claro de cómo la eficacia de una norma programática puede ser disminuida y debilitada.

En el terreno económico el Estatuto, a diferencia de la Constitución actual vigente italiana de 1947, mantenía una posición poco definida. Como dice J. Ferrando Badía, "de absoluto agnosticismo"<sup>13</sup>. Debido a ello el texto dio origen a una economía individualista-y en su brevedad, no se reflejaba la regulación de la actividad económica. Era tal la flexibilidad<sup>14</sup> y la falta de concreción en general de todo el Estatuto, que durante el régimen fascista no fue necesario abrogar explícitamente tales artículos, puesto que mediante leyes ordinarias se anuló el verdadero significado y contenido.

Ya en el siglo XX, la Constitución de Weimar<sup>15</sup> en su segunda parte, remite las relaciones de derechos fundamentales, al igual

que la mayor parte de las Constituciones escritas, a principios éticos del Derecho. Por ejemplo, cuando en los artículos 119 y 120 se formula el principio de monogamia y de la educación familiar de los hijos, no se establece con ello un principio jurídico positivo que el juez pudiera utilizar concretamente como norma de decisión... Luego se produce que en la práctica, no son estos principios jurídico positivos los que ayudan a asegurar la ordenación de la realidad social, sino los principios generales del Derecho que aparecen más lejanos de la realidad concreta y que han de ser interpretados, produciéndose así la conexión de la cuestión de la eficacia de las normas con la labor de interpretación de los jueces y de sus posibles condicionamientos políticos o no, aspecto que desarrollamos en el Tema V. En resumen podemos afirmar que la ambigüedad de la norma programática en el caso concreto de la Constitución de Weimar y en general, resta eficacia a la norma.

La Constitución de Weimar, que como ya comentamos en otro punto de este trabajo, supuso una importante innovación en cuanto a su contenido económico y social, tuvo gran número de normas programáticas y su influencia en otros textos constitucionales fue decisiva, así como en la historia mundial, pues como vimos en el Tema I la naturaleza de su articulado, concretamente el artículo 48, permitió la instauración de la dictadura hitleriana desde cauces legales<sup>14</sup>.

#### 1.4.1.- La Constitución Italiana de 1947.

Entre las Constituciones modernas recientes, la Constitución italiana de 1947<sup>17</sup>, que tanta vinculación mantiene con la española de 1978, incluye gran número de normas programáticas que han sido objeto de interesantes polémicas. Se refieren a variados campos, principalmente a derechos económicos y sociales, pues como señala Crisafulli, sólo en raras excepciones se refieren a temas de libertades civiles y políticas<sup>18</sup>. Concretamente, hay normas referidas a la protección de la vivienda, de la cultura, del medio ambiente, defensa frente a la contaminación, tutela del paisaje y asistencia judicial<sup>19</sup>.

Pero sin detenernos en el análisis de su contenido, el aspecto esencial que queremos resaltar es el modo en que afectan a la Constitución en general. Numerosos autores, entre ellos Calamandrei, Crisafulli, Gianini, Lussu, Ventura, Luzzato y Ubertazzi<sup>20</sup>, han tratado sobre lo que consideran escasa eficacia de la Constitución, debida entre otras razones a las disposiciones programáticas.

Las normas programáticas en materia económico social se pueden dividir en dos grupos, como hace Paolo Petta<sup>21</sup>: uno, como el art. 4 (derecho al trabajo), o el artículo 3.2, está constituido por declaraciones de principios que intentan adquirir un contenido, puesto que llevan en sí otras disposiciones que las especifican; el otro, constituido por los artículos sobre el derecho a la propiedad de la tierra, etc., sirven por una parte como guía para el legislador, y por otra, como límite para su



intervención. Luego, de contenidos y significación tan diversos en las normas programáticas, Petta concluye que:

"Lo que se ha llamado dirección política constitucional, no tiene, ni puede tener, ningún valor en el sentido de obligar al legislador a actuar"<sup>22</sup>.

Estas palabras del autor italiano son muy sugerentes para la línea argumental de nuestro trabajo ya que menciona una de las causas por las que, la transformación que el texto constitucional italiano incluía como tarea a llevar a cabo, no se puede afirmar que haya sido realizada con plenitud, así como también la razón que ha justificado que los jueces hayan llevado a cabo diversa aceptación y aplicación de la Constitución. Todo ello recibe un desarrollo detallado en el Capítulo VII de esta tesis, pero nos parece oportuno hacer esta breve mención aquí.

Ahora bien, no deja de reconocer P. Petta que las numerosas normas programáticas de la Constitución italiana, y su contenido diverso tienen el tipo de eficacia negativa, que puede actuar como "límite", si es que se produce la acción del legislador, lo que no siempre sucede.

Pero este debate doctrinal sobre la eficacia de las normas programáticas, implica cuestionar la actuación del legislador y con ello la valoración de la función del Tribunal Constitucional. Como ya subrayaba Kaïsen<sup>23</sup> en los años 20, introducir en la Constitución disposiciones largas y técnicamente imprecisas que hagan referencia a conceptos no jurídicos, sino económicos y

morales, significa aumentar en proporción directa los poderes políticos de los tribunales constitucionales, los cuales se ven, naturalmente, obligados a dar a tales conceptos un contenido que puede ser diferente del que el legislador quiso daries, lo que supone un riesgo de que se mezclen análisis jurídicos y valoraciones políticas...

En el caso de la Constitución italiana, la izquierda en el período constituyente fue consciente del peligro que podía suponer la institución de un Tribunal Constitucional, mas no por ello dejó de propugnar la expansión de las normas programáticas. Fue Calamandrei<sup>24</sup> el que se opuso a la inserción de aquellas normas programáticas en la Constitución exigiendo que fueran condensadas en un Preámbulo. En el debate citó ejemplos de promesas constitucionales no mantenidas, como la Constitución de Weimar y la española de 1931, y censuró el sistema de formulación de tales disposiciones, que hacían de esa parte de la Constitución un texto oscuro, genérico y lleno de sobrentendidos. Como dijo textualmente en el Discurso ante el Pleno de la Asamblea de 4 de mayo de 1947:

"Muchas veces se nota que se ha intentado evitar la dificultad antes de afrontarla, se ha intentado enmascarar el vacío con frases de relleno. Cada uno ha intentado... sacar la palabrita ajena que le molestaba"<sup>25</sup>.

Como se desprende,<sup>26</sup> Calamandrei, en su crítica al texto constitucional resalta que es muy dependiente de las contingencias políticas del presente y del próximo futuro, que es

un texto de compromiso y de miras cortas<sup>26</sup>. Es evidente que el texto refleja las circunstancias políticas del momento, en que la transacción y el compromiso eran necesarios, y que el recurso a las normas programáticas propiciaba el llegar a un concierto entre las fuerzas políticas pero no sin recelar de los peligros que ello implicaba.

Y prueba de ello es que Fatta señala que la Constitución fue concebida por los comunistas exactamente como una especie de declaración programática de las fuerzas portadoras de la democracia progresiva, con intención de regir al pueblo italiano durante "largo período de su historia", según palabras de Togliatti<sup>27</sup>. Ahora bien, es obvio que tenían planes y esperanzas de transformación de la sociedad a través del texto constitucional, aun siendo de compromiso. Pues Togliatti, en su informe ante la Subcomisión primera de la constituyente, señala que si bien Stalin había afirmado que la Constitución no debe ser confundida con un programa, eso era válido para una sociedad en que el proceso revolucionario haya concluido, pero no para Italia donde es necesario llevar adelante las transformaciones sociales, que los constituyentes reconocen como necesarias. Y precisa que en la elección de la Asamblea constituyente, está la esperanza del pueblo italiano de que se lleven a cabo las reformas sociales y es necesario que la Constitución se comprometa en ese sentido. Y con criterio realista, afirma:

"Nuestra Constitución, aunque no sea el documento que dé solución a todos esos problemas, debe ser un documento que señale el camino"<sup>28</sup>.

Luego, ciertamente las fuerzas políticas que propugnaron las normas programáticas tenían voluntad transformadora y reformadora de la sociedad, pero eran conscientes de las limitaciones que podía implicar la amplitud o ambigüedad de algunas formulaciones, no sólo en aspecto legislativo sino procedente de la actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional<sup>22</sup>. Pero sobre todos estos aspectos, queremos resaltar uno, y es que la Constitución italiana de 1947, fue el resultado típico de circunstancias del momento. No se trata de la Constitución deseada o ideal, sino de la única viable; luego la realidad concreta, las presiones políticas, la necesidad de acuerdo, están presente en el texto como una vertiente más de la incidencia de la realidad en los textos constitucionales, y del diálogo permanente entre hechos y normas.

## 2. DECLARACION DE DERECHOS

### 2.1.- INTRODUCCION

Las Constituciones de los sistemas liberales democráticos en su vocación normativizadora de la vida real del hombre incluyen y se sirven de Declaraciones de Derechos, como instrumentos de transformación y adecuación de los textos a la realidad, ya que al tiempo que fijan el "status" del individuo, tienen también una proyección frente al Estado, del que limitan la acción<sup>23</sup>.

En un primer momento, las Declaraciones de derechos incluyen una serie de ellos de carácter negativo, que establecen un tipo

de "libertad negativa". El Estado no puede invadir ciertas esferas de libertades. Se trata de derechos frente al Estado, que plantean únicamente la obligación de no ser transgredido el ámbito individual.

Posteriormente, estos derechos, insertos en las Declaraciones, con el paso del tiempo y debido a las presiones de los movimientos obreros, a las revoluciones y a los cambios sociales, se han visto incrementados con unos nuevos derechos sociales y económico. Este hecho, es una muestra de cómo los textos constitucionales, lejos de anquilosarse y permanecer inmutables, evolucionan y reflejan las nuevas necesidades de la sociedad cuya vida política y económica pretenden regular, manteniendo vivo el diálogo y la relación entre ordenamiento y realidad. La constitucionalización de estos nuevos derechos económicos, ofrece por primera vez instrumentos jurídicos a los movimientos obreros y sociales para consolidar sus posiciones, transformar progresivamente las estructuras socio-económicas y especialmente modificar la situación de explotación que sufría el trabajador.

Nuestro desarrollo de este tema, se inicia con una referencia al origen y evolución histórica de las Declaraciones de Derechos, a cómo han influido en la realidad los derechos tradicionales, a la aparición de los nuevos económicos y sociales y su inserción en las Declaraciones, y en especial a la incidencia de las Declaraciones sobre la realidad, que es tal, que puedan ser consideradas como mecanismos de transformación que incluyen los textos constitucionales.

## 2.2.- ORIGENES DE LAS DECLARACIONES DE DERECHOS

El origen inmediato de las Declaraciones de Derechos hay que buscarlo en la filosofía política del siglo XVIII. Sobre este punto estaban de acuerdo todas las escuelas filosóficas, incluso la de los fisiócratas, y si se busca el origen común de todas ellas, lo encontraríamos en el concepto de Derecho natural, de la "Escuela del Derecho Natural y de gentes", así como la doctrina de la formación contractual de la sociedad, tal como la presenta y mantiene Locke en *El gobierno civil*, en 1690<sup>21</sup>. Sus obras fueron después reducidas a fórmulas jurídicas por Blackstone, a mediados del siglo XVIII, y la influencia de ambos fue decisiva en las colonias inglesas, favorecida por el espíritu puritano. Blackstone<sup>22</sup> ya incluía una relación de las libertades individuales, y es fácil ver en ellas el origen inmediato de las Declaraciones de Derechos del Estado de Virginia de 12 de junio de 1776.

Si se buscan antecedentes anteriores al siglo XVIII, según Gierke<sup>23</sup>, se encuentran entre los orígenes de la tradición inglesa, la filosofía escolástica individualista occidental. En opinión de M. García Pelayo, el punto de transición entre el antiguo sistema de los derechos estamentales y los modernos individuales tiene lugar en las revoluciones inglesas del siglo XVII. Tanto la *Petition of Rights* de 1628, como el *Bill of Rights* de 1689, son documentos formados bajo ideas y representaciones estamentales<sup>24</sup>, pero con un significado que los aproxima a las declaraciones modernas en cuanto que no se dirigen a unos estamentos privilegiados, sino a la generalidad del pueblo

británico: la estructura de la sociedad inglesa había sufrido cambios profundos y carecía de sujetos para un sistema de derechos estamentales<sup>24</sup>. Como dice Truyol: "...los derechos así proclamados y protegidos no pasaban de ser derechos de los ciudadanos ingleses. Pero la filosofía jurídica de Locke, les confirmó con la fundamentación iusnaturalista, un alcance universal"<sup>25</sup>. Debido a ello se convirtieron en derechos del hombre en general en las nuevas formulaciones que les dieron las declaraciones surgidas de la Revolución americana, y más aún, de la Revolución francesa.

Prescindiendo de la Declaración de Independencia de 4 de julio de 1776, que da por supuestos "ciertos derechos inalienables" en los que sólo destacan expresamente los relativos a "la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad", es la Declaración de Derechos, *Bill of Rights* de Virginia de 12 de junio del mismo año, redactadas por George Mason, la primera que contiene un catálogo específico de derechos del hombre y del ciudadano<sup>27</sup>.

Se puede pues considerar como la primera relación de derechos en sentido moderno. Posteriormente en los distintos Estados de la Confederación fueron aprobadas otras declaraciones. Aunque influidas por el sistema del *Common Law* británico, y representando en muchos aspectos una decantación del mismo, las declaraciones americanas significan, con todo, algo nuevo en la historia, pues no se apela al Derecho histórico ni a la tradición, sino a los derechos de la naturaleza humana y de la razón; no aparecen como emanación de un orden concreto sino como

supuesto de todo orden. Después de las investigaciones de Jellinek, de las que hablaremos a continuación, es indudable la influencia de estos "bills of rights" americanos, es el haber ofrecido a todos los pueblos de Europa un modelo teórico de libertad, que sirvió mejor que ningún otro de inspiración para sus reivindicaciones políticas, quedando asociada a partir de entonces, la idea de un gobierno liberal con la de una determinación fundamental de los derechos del ciudadano<sup>22</sup>.

A partir de 1789, la *Declaración francesa, de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, se convirtió en punto de partida de toda la evolución posterior en materia de derechos y libertades, con sus progresos y retrocesos.

Pero además, como dice Jellinek, gracias a la Declaración de Derechos se ha formado con toda su amplitud en el derecho positivo la noción, hasta entonces conocida en el derecho natural, de los derechos subjetivos del miembro del Estado, frente al Estado como un todo<sup>23</sup>. Esto tuvo realización, en primer lugar, en la Constitución de 3 de septiembre de 1971, que sobre la base de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, incluía una serie de *Droits naturels et civils*, como derechos que la Constitución garantizaba.

Veamos a continuación con algún detenimiento la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*, perfilando cuáles son sus diferencias respecto a sus antecesoras inglesa y norteamericana, y cuáles son sus fuentes.



### 2.3.- DECLARACION DE DERECHOS DE 1789

Como señala A. Truylol, se ha insistido mucho en el sentido individualista de la Declaración de 1789, cuyo núcleo constituye el art. 2: "El fin de toda asociación política es la conservación de los Derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión"<sup>40</sup>.

Se conoce menos el hecho de que no le faltó a la Revolución francesa, en su segunda etapa, una preocupación social que plasmó en la Declaración de Derechos votada por la Convención y colocada al frente de la Constitución del año I (1793). Inspirada por Robespierre, que a su vez se inspiró en Rousseau, esta Constitución era más democrática que la anterior de 1791, hija de la misma Asamblea que había proclamado la Declaración, y en ella se hablaba de tres derechos sociales que no figuraban en la primera Declaración (los relativos al trabajo y medios de existencia, la protección contra la indigencia y el derecho a la instrucción), si bien la realización de tales derechos se encomienda a la sociedad y no al Estado.

Dicho esto, es innegable que el mensaje político de la Revolución francesa fue en conjunto el advenimiento de unos derechos individuales<sup>41</sup> que, si hoy pueden considerarse incompletos sin los derechos sociales, suelen ser, sin embargo, condición previa para su reconocimiento, y desde entonces son inseparables de la idea misma del Estado de Derecho.

Sobre las fuentes de la Declaración de Derechos francesa, hay ya una clásica disputa entre Jellinek y Boutmy<sup>42</sup>, que la estudiaron partiendo de diferentes métodos, llegando a conclusiones diversas y contradictorias. Jellinek<sup>43</sup> sostiene en su obra que no hay que buscar en el *Contrato Social* de Rousseau la fuente de la Declaración de Derechos. La filosofía roussoniana, que exalta "la voluntad general", que no admite limitaciones, contradice los Derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre. Ciertamente, la idea básica de la Declaración tiene otra procedencia, aunque esta afirmación aparece mitigada, pues el autor duda de si ciertas fórmulas de la Declaración, no han experimentado dicha influencia. En la misma línea está L. Duguit<sup>44</sup>, que rechaza asimismo el influjo de Rousseau.

En opinión de Jellinek, el origen de la Declaración hay que buscarlo en América, en la Declaración de Virginia de 1776<sup>45</sup>. Asimismo, defienden esa tesis autores como Zweig, Kloverkinn, Voegelin y Hartung<sup>46</sup>. Fue el factor religioso el que impulsó la consagración constitucional de los Derechos del hombre y no un criterio político. En España, los autores C. Ruiz del Castillo y L. de Izaga<sup>47</sup> coinciden en este aspecto.

En el otro punto de vista de la controversia, Emile Boutmy<sup>48</sup> destaca la influencia del pensamiento político europeo y el impacto del movimiento ideológico del siglo XVIII particularmente el francés. En este mismo sentido se expresan autores como: Walch, Del Vecchio, Brunelli, D'Alessio, Bataglia y V. Palazzolo<sup>49</sup>. Realmente, las posiciones extremas que se enfrentaron

en la polémica se ha ido matizando y se puede afirmar que el pensamiento roussoniano influyó sobre la mentalidad revolucionaria, y asimismo lo hizo la Declaración de Virginia. El factor religioso ciertamente marcó el desarrollo de las Declaraciones, pero también se podría considerar, como dice Lucas Verdú, el impacto o condicionamiento de cierto utilitarismo y pragmatismo sobre aquéllas<sup>20</sup>.

Luego la idea más acertada podría ser estimar que fue un largo proceso el que produjo la Declaración de Derechos, lleno de influencias diversas y vinculaciones ideológicas<sup>21</sup>; ideas cristianas, precedentes medievales y diferentes autores, como Montesquieu, Puffendorf, Vise, Condorcet<sup>22</sup>, etc.

La Declaración<sup>23</sup> de 1789 adquirió un prestigio y renombre universal, convirtiéndose en símbolo del liberalismo triunfante frente al antiguo Régimen. Su influencia eclipsó a las posteriores declaraciones francesas, en toda Europa su proyección fue decisiva, pues las diversas Constituciones empiezan a incorporar en sus textos una serie de Derechos que configuran su parte dogmática, y de esta forma, el proceso de hacer operativos los textos constitucionales se pone en marcha en el intento de aproximar los textos a la realidad, utilizando como instrumento de aproximación y transformación del ámbito individual la doctrina de los derechos fundamentales.

#### 2.4.- EVOLUCION DE LOS DERECHOS\*\*

En su expresión clásica, la noción de libertad individual va ligada a una determinada concepción política y económica, la concepción liberal, cuya idea central es que los individuos sólo deben contar consigo mismos para realizar su destino; la sociedad, es decir el Estado, tiene por única misión garantizar la seguridad exterior del grupo y el orden en el interior, por medio de su justicia, policía y organización de un mínimo de comodidades comunes.

Como dice Hauriou, en esta visión estrictamente liberal e individualista que es la de la Revolución francesa, (excepción hecha de algunas corrientes diferentes que hayan podido aflorar en ciertos momentos, durante la Convención o el Directorio, como por ejemplo la que animó Gracchus Babeuf), "las libertades aparecen sobre todo como posibilidades, como virtualidades, como rutas abiertas a la independencia y a la iniciativa de los individuos"\*\*\*. Similar reflexión cabe hacer sobre la idea de igualdad, tal como fue proclamada a fines del siglo XVIII. Es únicamente una igualdad de derecho, es decir, igualdad política y jurídica, y que la realidad contradice\*\*\*.

Partiendo de las ideas de la libertad e igualdad, las relaciones de libertades se han completado con los derechos denominados "sociales", derecho al trabajo, salud, seguridad, instrucción gratuita, etc.; en esta nueva perspectiva, los derechos o libertades no constituyen unos poderes para actuar, sino facultades de reclamar determinadas prestaciones de parte

del Estado. Pero de la aparición en textos constitucionales concretos de derechos sociales y económicos nos ocupamos más detalladamente en el siguiente apartado.

Esta transformación está ligada al paso de la democracia liberal a otra forma de sociedad, que sin duda no es la democracia socialista, sino un régimen en el que el intervencionismo económico supone un sistema por el cual el Estado toma en sus manos los intereses de los individuos.

Se puede observar que esta evolución se presenta como un segundo proceso de democratización, que esta vez se traduce en una ampliación de contenido de los derechos y libertades. Y se puede afirmar que el nuevo tipo de derechos sociales y su desarrollo, constituyen un avance en el camino, conducente a una igualdad de hecho.

Hay que destacar algunas diferencias existentes entre: 12) las Declaraciones de Derechos de fines del siglo XVIII, que contenían un estatuto negativo del individuo del que definen las facultades de actuación sin establecer qué tipo de prestación podía ejercer o exigir, y refiriéndose siempre al individuo como tal, y 29) las Declaraciones de Derechos que de acuerdo a las nuevas tendencias surgen hace más de un siglo, en particular a partir de 1848 y que acompañan a las Constituciones promulgadas después de la Primera Guerra Mundial (Constitución de Weimar por ejemplo), que se esfuerzan por organizar un estatuto positivo considerando al individuo como un ser social; es decir estos derechos tienen un carácter colectivo.

Es importante resaltar que los actores jurídicos en cada tipo de Declaración de Derechos son distintos. En la concepción liberal, los actores jurídicos encargados de hacer efectivos los derechos y libertades son los individuos mismos; a partir del momento en que la sociedad les reconoce la facultad de actuar libremente, cada uno debe sacar provecho de sus libertades actuando según sus medios o talentos.

En el concepto actual, los derechos económicos y sociales, "derechos-prestaciones", implican una acción positiva del Estado, el cual a partir de entonces, se convierte en el principal actor jurídico de los nuevos derechos y libertades. Pero debemos recordar, que en este caso, el Estado recibe más bien invitaciones que órdenes.. La violación de los "derechos-prestaciones" es mucho más difícil de comprobar que la de las libertades individuales clásicas<sup>27</sup>.

Otra importante característica de los nuevos derechos económicos y sociales es que la interpretación, aplicación y protección de tales derechos, implica un nivel más elevado de fuerza creadora de derecho en los Tribunales que juzgan esa materia, debido a veces a la falta de concreción de las normas con contenido económico y social.

## 2.5.- RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS SOCIALES Y ECONOMICOS

Como hemos visto en los epígrafes anteriores, en un primer momento de constitucionalismo, los textos constitucionales, en su

búsqueda de la máxima operatividad insertan y garantizan una serie de derechos fundamentales, como instrumento de incidencia sobre la realidad, en este caso en el ámbito del sujeto concreto, o sea, el individuo. Pero pasado un cierto tiempo, y conseguida la efectividad en la dimensión de los derechos clásicos, la nueva realidad económica y social necesita a su vez normativización constitucional y aparece como un área virgen donde operativizar y hacer eficaz la Constitución, y el reconocimiento de los nuevos derechos económicos y sociales es el instrumento de realización adecuado.

La transcendencia de los derechos económico-sociales<sup>22</sup> reside en varios aspectos. Ciertamente tienen significado de conquista y logro social pues algunos han sido alcanzados mediante presiones sociales, movimientos obreros y duras condiciones laborales; pero un segundo aspecto con efectos políticos es el cambio que supone en la actuación del Estado frente a la realidad económica. De la posición que mantenía el Estado liberal ante el mundo económico, a la posición que el Estado Social Democrático, el Estado del Bienestar ocupa, hay un cambio importante que vamos a comprobar, relacionando los textos constitucionales que recogen los derechos económicos y la realidad social en cada momento, es decir, los movimientos obreros, la industrialización, las revoluciones de 1848, las guerras mundiales, las nacionalizaciones, la depresión de 1930, el intervencionismo estatal, etc.

Señala Mortati que es la aparición y consagración de estos derechos (económicos y sociales), a los que considera como parte de los derechos civiles, la que ha dado lugar a la calificación

del Estado, como Estado "social", y en ello hay algo más que una coincidencia nominal<sup>22</sup>.

En opinión de García Cotarelo, son derechos destinados a procurar, a través de su ejercicio, la plena y real igualdad entre las personas. Su enunciado y consagración constituyen la piedra angular de la idea de legitimidad contemporánea, de legitimidad del Estado de Bienestar... Este Estado no garantiza ya tan sólo los derechos y libertades fundamentales propios de la tradición del Estado liberal de Derecho, sino que trata de hacer realidad las garantías de seguridad material de las personas<sup>23</sup>.

Ahora bien, la nueva situación que se plantea, hace posible que el reconocimiento y protección de estos derechos económicos y sociales, (derecho al trabajo, por ejemplo, derecho de huelga, derecho a "una vivienda digna y adecuada" -artículo 47 de la Constitución española- entre otros) puede llegar a colidir con la adecuada protección de los derechos políticos y civiles tradicionales (derecho de propiedad, igualdad ante la ley<sup>24</sup>, etc.). Y ciertamente, preocupa a algunos autores, que quizás interpretan puede desembocar en una disminución o desvalorización de los derechos clásicos.

Se puede afirmar que los derechos económico-sociales aparecen por primera vez en la Declaración de Derechos francesa de 1793, ya que hace una referencia explícita a la educación, pero pronto fue anulada por la dictadura del Comité de Salud Pública. Como señala Biscaretti, los derechos sociales que por primera vez fueron enunciados en un texto legislativo, en la forma de



"derecho al trabajo", o "a la instrucción", tuvieron que esperar más de un siglo para que se consagraran nuevamente, aunque con mayor amplitud, en la Constitución alemana de Weimar<sup>22</sup>.

Son muchos los autores que se han ocupado de los derechos sociales en los textos constitucionales: las obras de C. Ollero, E. Kirkine, Guetzevitch, F. Pergolesi, P. Wigny, G. Cicale, M. Comba, G. Peces Barba, J. Maritain, A. Diemer, son una muestra del interés que este tema despierta<sup>23</sup>, ya que está muy lejos de la especulación filosófica o de la afirmación retórica, y se halla muy vinculado con la realidad próxima del individuo.

Veremos a continuación brevemente el surgimiento de algunos derechos sociales, el duro proceso de su alumbramiento, y su imbricación con los derechos políticos y económicos.

## 2.6.- MOVIMIENTOS OBREROS Y DERECHOS SOCIALES

Es difícil sintetizar el largo camino que durante más de doscientos años ha seguido la conquista de los derechos sociales y económicos hasta el momento actual, por ello vamos a señalar solamente los hechos más esenciales. Ya en el siglo XVII se registraron las primeras rebeliones de obreros contra el uso de la maquinaria en las fábricas, especialmene en el sector textil, pero durante el siglo XVIII se agudizó el movimiento de protesta. En 1796 leyes inglesas sancionaban con la pena de muerte la destrucción de máquinas y fábricas, y la violencia fue aumentando de tal modo que en 1813, en la ciudad de York se ejecutó a varios

dirigentes obreros. Aunque los movimientos obreros surgieron en Inglaterra, pronto siguieron caminos paralelos en Francia y Alemania, y se produjeron revoluciones y levantamientos a medida que progresaba su industrialización, por ejemplo la insurrección de los trabajadores de la seda en Lyon en 1831 y la revuelta de los tejedores de Silesia de 1844.

Las condiciones laborales en la primera fase de industrialización eran pésimas y explican las reacciones violentas en un intento de cambiarlas. La legislación y una ideología racionalista del derecho natural habían negado a los obreros, como reconoce Abendroth, ya desde el final de la Edad Media, el derecho a mejorar sus condiciones laborales y de vida por medio de una acción solidaria<sup>44</sup>.

La idea de solidaridad internacional en la lucha por la democracia y los derechos del hombre, en la época de la Revolución francesa, promovida por los intelectuales revolucionarios fuera de Francia, halló su base social en Inglaterra, entre los oficiales artesanos y obreros, surgiendo las Corresponding Societies, (la 1ª en 1791), inspirada en el pensamiento iusnaturalista democrático. Así, pronto en Inglaterra se inició la lucha por la reforma electoral mantenida tanto por la burguesía industrial, que pretendía influir en las decisiones políticas como por la clase obrera. Se produce una vinculación de las luchas obreras con unas primeras exigencias político-sociales, como se formulan en las manifestaciones de masas de Manchester de 1819, y en 1824 se consigue la abolición de la prohibición de agrupación. El movimiento obrero fue defraudado

por el *Reform Bill* de 1832, por el que los trabajadores quedan privados de toda participación en el poder político, concentrando momentáneamente sus esperanzas en la actividad cooperativo-sindical. Surgen la *General Labour Union* en 1833 y en 1834 la *Gran National Consolidated Trades Union*, pero no tuvieron éxito duradero<sup>68</sup>.

Poco a poco los obreros reconocieron que el limitarse a acciones de tipo económico, no llevaría al éxito, así volvió a ser el centro de la problemática el derecho electoral democrático. Los dirigentes de la *Londoner Working Men's Association* de Londres redactaron la *People's Charter* (1838), con seis puntos fundamentales cuyo punto central era el derecho al sufragio general, secreto, e igual para todos. Además incluía la reducción de jornada y otras mejoras laborales<sup>70</sup>. Un logro del movimiento cartista fue la ley que reducía la jornada laboral a diez horas. Pero el movimiento obrero inglés se extinguió poco después del fracaso de las manifestaciones de abril de 1848, y de la revolución fallida en el continente en la misma fecha; aun así, la influencia del movimiento en el continente fue fundamental. Los avances y mejoras conseguidas por el movimiento obrero inglés, entre las dos revoluciones de 1830 y 1848 proporcionaron a los movimientos del continente el esquema a seguir en su lucha, y la prueba evidente de que era posible obligar al poder público, mediante la acción del proletariado, a intervenciones político sociales, a mejorar el nivel de vida, a efectuar concesiones salariales, etc.

Se puede afirmar que la grave crisis económica de 1847 fue una de las causas de la revolución de 1848<sup>47</sup>, y concretamente en Francia fue donde la revolución obrera tuvo más virulencia. El decreto del 21 de junio de 1848 que excluía a los obreros solteros de los talleres nacionales, fue la señal para un levantamiento espontáneo de los obreros de París. El fracaso de la sublevación y la matanza de más de tres mil obreros por orden del general Cavaignac ahogó el movimiento. C. Marx en "*El 18 Brumario de L. Bonaparte*", analizó las consecuencias de esta derrota, y la renuncia al poder político de la burguesía liberal, aparentemente victoriosa, en favor de Napoleón.

Si bien la revolución obrera generalizada de 1848 fracasa, a partir de esa fecha la legislación sufre importantes cambios, las asociaciones obreras se legalizan, y el radicalismo inspira el movimiento obrero europeo<sup>48</sup>. El *Manifiesto Comunista*, impreso en Londres en febrero de 1848 se convierte en obra clave para el movimiento obrero mundial, y a partir de 1848, los textos constitucionales reflejan las nuevas realidades y conquistas obreras tan duramente conseguidas. En la Constitución de la República francesa de 4 de noviembre de 1848, se alude por primera vez a los Derechos económico-sociales, y se está ya lejos del individualismo de 1789. Como dice Truyol: "En el plano jurídico positivo, la intensidad de la reivindicación de las nuevas fuerzas sociales, fue tal, que la Constitución francesa de 1848, aunque promulgada en un clima de represión, tras la sublevación obrera de junio, se hizo eco de ella, refiriéndose a ciertos derechos relativos al trabajo, a la asistencia y la

educación. y garantizando al propio tiempo el sufragio y el escrutinio secreto"70.

Como ya hemos indicado se trata de un movimiento de reivindicación internacional de derechos sociales, como lo demuestra el hecho de que también en 1848, los constituyentes alemanes en la iglesia de San Pablo de Frankfurt, elaboraron una extensa tabla de Derechos, y este texto constitucional influyó considerablemente en la Constitución de Weimar de 1918 sobre todo en su parte dogmática.

Ahora bien, tres textos constitucionales (Constitución Mexicana de 1917, Constitución de Weimar y Constitución rusa de 1918), casi simultáneamente positivizan los nuevos derechos reflejando la incidencia que la realidad tiene en las normas constitucionales, ya que son fruto y resultado de las tensiones sociales citadas y de las revoluciones mexicana, alemana y bolchevique. A estos textos constitucionales que incluyen considerables mejoras en la regulación laboral, les dedicaremos especial atención en el Capítulo IV.

El auge económico de los años veinte que se iniciaban, permitió en todos los países del capitalismo europeo hacer grandes concesiones salariales y político-sociales a amplias capas de la población activa, pero siempre fueron resultado de luchas sindicales y de la presión de partidos obreros. En Alemania, el gobierno de coalición de todos los partidos burgueses tuvo que conceder a los dos partidos obreros y a los

sindicatos la ley del seguro contra el paro, y las elecciones de 1920 fueron un éxito del movimiento obrero.

La crisis de 1929<sup>99</sup> supuso una ruptura en el proceso que hemos comentado de mejoras laborales y de elevación del nivel de vida. El paro generalizado y la penuria económica que siguieron a la "gran depresión" hicieron posible un grave deterioro y retroceso en el estado de derechos y bienestar hasta entonces conseguido. De las circunstancias de la "gran depresión", de cómo se produce posteriormente la reacción económica y la evolución hacia el Estado del Bienestar trataremos detenidamente en el Capítulo IV.

## 2.7.- EFICACIA DE LAS DECLARACIONES DE DERECHOS

La razón que justifica la elaboración de la teoría de los derechos humanos clásicos, positivizados en Declaraciones de Derechos que se incluyen en los textos constitucional, es la búsqueda de la máxima operatividad de las Constituciones. Al igual que vimos respecto a las normas programáticas el punto donde se articulan, -Declaraciones, Constituciones y realidad-, radica en su eficacia transformadora. Es decir, se pretende una mayor adecuación de los textos constitucionales liberales democráticos clásicos a la realidad práctica y las Declaraciones de Derechos representan un mecanismo sobre el que es muy intensa la polémica, especialmente respecto a cómo actúan, qué grado de eficacia tienen y si realmente vinculan el orden constitucional y la realidad, al enmarcar la vida del individuo, sujeto a

derechos, en el orden civil, político, e incluso como veremos posteriormente, en el orden económico.

Es interesante resaltar que la polémica doctrinal sobre el valor jurídico de Declaraciones de Derechos está localizada en la Europa continental, y no representa tema de debate controvertido en el mundo anglosajón, aunque la sensibilidad política en los sistemas liberales democráticos hacia la importancia de los derechos y libertades es general, lo que supone que sea de máximo interés el sistema de instrumentos que el derecho constitucional democrático dispone para garantizar que las declaraciones de derechos sean eficaces. Pues mientras en Europa se debate sobre si las Declaraciones de Derechos forman parte de la Constitución y tienen el mismo valor jurídico, problema que se traduce en la distinta protección que tienen los derechos según su naturaleza, en el caso de Estados Unidos, por ejemplo, donde se llevó a cabo la asimilación de las Declaraciones de Derechos a los textos constitucionales propiamente dichos, sucede que el sistema de control de constitucionalidad funciona con relación a las enmiendas de 1971, así como con respecto al texto mismo, sin que haya diferentes niveles de protección.

Veamos a continuación aspectos de la polémica. Son numerosos los autores que se han ocupado del tema de la eficacia de las Declaraciones, Burdeau, Duguít, Hauriou, Jeze, J. Laferrière, y Mignon<sup>71</sup> entre otros, pero no hay unanimidad en la doctrina, por lo que comentaremos brevemente algunas posiciones estableciendo a continuación nuestra opinión. Esmein y algunos otros autores consideran que las Declaraciones de Derechos no serían más que

enunciados de principios filosóficos y morales, sin valor jurídico. Esmein lo afirmó a propósito de las Declaraciones de Derechos de la época revolucionaria, apoyándose en el carácter vago de la mayoría de los principios que en ella se enunciaban, y además en el hecho de que, en las Constituciones revolucionarias, se insertaban disposiciones llamadas "garantías de derechos", que habrían tenido un valor jurídico en la época en que estaban en vigor. Al haber sido parcialmente reemplazadas las garantías de los derechos después de su desaparición por "leyes orgánicas", que en realidad son leyes ordinarias que garantizan las principales libertades, sólo las libertades "organizadas" por el legislador quedaron jurídicamente protegidas<sup>72</sup>.

Duguit en cambio les concede su valor positivo. Incluso, si el legislador francés elaborase una ley violando algunos de sus principios, sería anticonstitucional; es decir, la Declaración tiene alcance supraconstitucional<sup>73</sup>, y se impone también al poder constituyente. Contra la tesis de Duguit, Carré de Malberg mantuvo su tesis contraria afirmando que carecían de valor positivo<sup>74</sup>.

Sin embargo, G. Burdeau enfoca el problema distinguiendo dos clases de disposiciones en las Declaraciones de Derechos. 1) Las que anuncian una norma de Derecho positivo. Al dictarlas el legislador constituyente ha querido fijar una norma jurídicamente obligatoria porque es inmediatamente aplicable en el Estado de derecho existente. Tal es el caso del artículo 10 (nadie será molestado por razón de sus opiniones) o del artículo 17



(exigencia de una indemnización justa y previa en el caso de privación de la propiedad) de la Declaración de 1789-1791.

2) Otras disposiciones están desprovistas de la fuerza obligatoria propia del Derecho positivo. Son las prescripciones que al determinar el fin de la institución estatal fijan un programa al legislador. Tal es, por ejemplo, el enunciado del derecho al trabajo. Es decir, son normas programáticas, que necesitan para su realización total unas leyes, luego el derecho en sí mismo no podría ser sancionado jurídicamente, ni es inmediatamente exigible<sup>78</sup>.

Como vemos esta posición doctrinal destaca la relación de las Declaraciones de Derechos con la naturaleza de las normas programáticas que ya hemos comentado anteriormente, refiriéndonos al tipo de eficacia incompleta que poseen.

Pero frente a estas posiciones el planteamiento que mantiene Hauriou resuelve en cierta forma la polémica. Según este autor, la tesis de que las Declaraciones de Derechos situadas al principio de las Constituciones han de considerarse textos jurídicos, con el mismo valor que la Constitución, y superiores a las normas ordinarias, puede mantenerse con 3 series de argumentos:

a) Pueden estimarse argumentos históricos y señalar que las Declaraciones de Derechos fueron consideradas en la época del gran movimiento constitucional de fines del siglo XVIII como, parte integrante de los estatutos constitucionales.

b) Se puede igualmente afirmar, que esta asimilación de las Declaraciones propiamente dichas al texto constitucional, se efectuó en Estados Unidos, desde el comienzo, constituyendo una unidad.

c) Por último, cabe apoyarse, como lo hace el autor citado, sobre la distinción entre "Constitución política" y "Constitución social", ambas de igual importancia. La Constitución política es la que regula el funcionamiento de los órganos o poderes del Estado. La Constitución social es la que sienta las bases del orden social, según el cual vive la comunidad estatal y que prevé particularmente la naturaleza de las relaciones entre ciudadanos y el Estado<sup>74</sup>. Y si se admite que la Constitución política es un documento jurídico con valor de superlegalidad, lo mismo debe ocurrir para la Constitución social, cuyo elemento principal es la Declaración de Derechos. Hauriou finaliza la argumentación anterior, afirmando:

"En nuestra opinión, debe admitirse este conjunto de argumentos y reconocer el mismo valor jurídico a las Declaraciones que a las Constituciones, con la salvedad de que en las primeras se encuentran a menudo disposiciones en forma imprecisa para que pueda haber aplicación práctica. En este caso debemos admitir, que se trata solamente de directivas para el legislador, o en ocasiones para el gobierno".

Como se aprecia en esta exposición Hauriou mantiene dos afirmaciones que evidentemente no considera contradictorias, -1) "el mismo valor jurídico", y 2) "solamente directivas para el

legislador, o en ocasiones para el gobierno"-, lo que representa un enfoque más preciso y moderno del problema, al tiempo que recuerda el nexo de "disposiciones en forma imprecisa", con la eficacia como "normas directivas" que hemos analizado tenían las normas programáticas (epígrafe 1.2.).

Como señala García Cotarelo, el problema de la validez jurídica se plantea coincidiendo con la incorporación a los textos de los derechos económicos, puesto que en un primer momento las Declaraciones de Derechos no estaban incorporadas al corpus constitucional. Son dos las respuestas a la cuestión de la eficacia de las Declaraciones de Derechos: primera, incorporarlas al texto constitucional, para declarar acto seguido, el carácter de derecho positivo de la totalidad; segunda, asentar jurisprudencialmente el carácter jurídico de las Declaraciones de Derechos<sup>78</sup>. Ahora bien, trasladando la polémica al aspecto concreto que nos interesa, es decir si un individuo puede jurídicamente reclamar el beneficio de una disposición inscrita en las Declaraciones de Derechos, y conseguir realmente una reparación si tal disposición ha sido violada, nos parece, coincidiendo con García Cotarelo, que aunque se manifieste empeño en que los derechos económicos y sociales son como el resto de los derechos fundamentales, ese carácter jurídico necesariamente significa cosas distintas en los dos casos, lo que contribuye a que se siga considerando a los económicos y sociales como "algo menos" que derechos, aunque ostentan título de tales<sup>79</sup>.

En nuestra opinión resulta obvia esta diferenciación entre derechos, al comprobar que si bien en los textos modernos existe

la tendencia a incorporar las Declaraciones de Derechos al texto, lo que evidencia que participan del carácter jurídico de Derecho positivo y que en general se considera a estos derechos y libertades fundamentales como un sistema de valores cuya protección debe ser máxima, sin embargo los distintos ordenamientos constitucionales varían la forma de llevar a cabo tal protección y de garantizar los derechos. Un ejemplo de diseño de diferente nivel de protección según la naturaleza de los derechos, es el sistema español, que en el art. 53, clasifica en tres grupos, reconociendo a los derechos clásicos la máxima protección; frente a estos, los económicos y sociales sólo podrían ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo dispuesto en las leyes que lo desarrollan.

Luego, podemos afirmar que las Declaraciones de Derechos, en su contenido clásico de derechos civiles y políticos, son derecho positivo con pleno valor jurídico, por lo que pueden incidir en la realidad, y de hecho son uno de los mecanismos que los textos constitucionales utilizan en su intento de normativizar la realidad y ordenarla.

### 3. RECAPITULACION

Además de incluir como vimos anteriormente mecanismos excepcionales para asegurar su permanencia, las Constituciones también inscriben instrumentos para garantizar su incidencia en la realidad, transformándola y proyectándose sobre todos sus aspectos, es decir, los espacios económico, político y social.

Todo ello dirigido a que la relación entre Constitución y realidad sea más cercana, y la adecuación entre el texto y los hechos que normativiza sea más perfecta. Concretamente, las normas programáticas y las Declaraciones de Derechos tienen esa naturaleza de instrumentos y tienen asimismo en común su carácter abierto o de programa, ya que implicitan una actuación posterior.

1) En el debate referido a si las Constituciones inciden en la realidad, las normas programáticas constituyen un estadio destacado, pues la polémica sobre su eficacia es muy intensa. Tras una revisión de la doctrina, es evidente que las normas programáticas actúan sobre la realidad a través de diversas proyecciones, que podemos enumerar:

- 1) Orientan al legislador.
- 2) Coadyuvan en la interpretación constitucional.
- 3) Fijan metas y objetivos a cumplir.
- 4) Contribuyen a la realización del modelo político que incluye el texto constitucional.
- 5) Inspiran y comprometen la futura actuación de los poderes públicos.

Ahora bien, respecto al grado de eficacia de las normas programáticas en comparación con otras normas constitucionales, especialmente cuando el contenido es económico, ciertamente hay que reconocer que es menor, ya que suponen una actuación material futura necesaria, y no siempre ésta tiene lugar en el tiempo e intensidad requerido. Los mismos textos que incluyen las normas programáticas insertan sistemas para reforzar su efectividad,

mediante el reenvío a la ley ordinaria para que desarrollen el contenido programático enunciado.

Este sistema no resulta suficiente para garantizar la eficacia de las normas programáticas en todas las ocasiones. Y podríamos justificarlo por dos razones. La primera es que el mero reenvío a la ley ordinaria no asegura que ésta vaya a ser legislada, y en segundo lugar, si bien la ley ordinaria que desarrolla el contenido de una norma programática constituye y proporciona a los jueces instrumento de actuación muy válido, no hay que olvidar el factor interpretación que reside en los jueces, es decir en el agente que utiliza el instrumento. A su vez la interpretación que realicen los Tribunales Constitucionales de las normas constitucionales programáticas tiene que contar con la existencia de esas leyes de desarrollo, luego aunque el efecto que se consigue por el reforzamiento de la efectividad de las normas programáticas mediante el reenvío a las leyes ordinarias tiene un doble efecto, no se puede afirmar que será totalmente cierto que se vaya a producir, ni que sea suficiente.

-

No se puede ignorar que la eficacia que hemos reconocido a las normas programáticas puede estar debilitada por la extrema vaguedad de su redacción, su desmedida flexibilidad o su falta de concreción, que facilitan que no se lleve a cabo su contenido plenamente, que la demora sea mucha. Pero aun así, en los textos constitucionales de compromiso, en los que han sido necesarias renunciadas, acuerdos y negociaciones entre las fuerzas políticas, se incluyen numerosas normas programáticas lo que prueba el

reconocimiento de sus posibilidades de transformación de la realidad.

11) Tradicionalmente los derechos del individuo han sido plasmados en documentos positivos, generalmente Declaraciones, pero que no formaban unidad con el "corpus" constitucional como supremo ordenamiento, al que solían preceder. En una visión histórica nos hemos referido a cómo son documentos ingleses los que en primer lugar recopilan derechos del individuo, pero referidos al sujeto inglés; debido a la influencia de las ideas iusnaturalistas, se convierten en derechos del hombre en general en las nuevas formulaciones de las Declaraciones que surgen tras la Revolución americana, y sobre todo en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, punto de partida en Europa de toda la evolución posterior de los derechos y libertades fundamentales.

Se produce una transformación importante en ese proceso evolutivo. Arranca del espíritu individualista de los derechos contenidos en la Declaración de 1789, que hoy nos parecen incompletos sin la dimensión social que estimamos básica, y conduce al espíritu colectivo y social que invade las nuevas tendencias. Y que surgidas hace más de un siglo, se reflejan en las constituciones promulgadas tras la Primera Guerra Mundial, y que recogen un serie de nuevos derechos, con contenido económico y social.

En esta evolución de la naturaleza de los derechos, ha tenido lugar un profundo cambio en la posición del Estado, y en la

importancia del individuo. En las primeras Declaraciones de Derechos, se contenía un estatuto negativo del individuo, pues definía sus facultades y sus derechos, que no se podían transgredir, pero sin especificar qué tipo de derecho podría ejercer, ni que prestación podría exigir. Las Declaraciones de Derechos posteriores, a partir de 1848, establecen un estatuto positivo y conciben al individuo como ser social. Se ha producido una modificación de actores jurídicos en cada tipo de Declaraciones de Derechos, pues los derechos económicos y sociales implican una acción positiva del Estado, que se convierte en el principal actor jurídico.

Al igual que las constituciones en un primer intento de conseguir la máxima operatividad en vinculación con la realidad construyen la teoría de los derechos fundamentales, la evolución de la realidad económica que no se puede ignorar, es lo que justifica que los textos constitucionales pasen a normativizar este área de la realidad. Como hemos comentado, los nuevos derechos económicos y sociales que se insertan en los textos, son consecuencia de presiones de movimientos sociales, y representan un aspecto más de la doble corriente de influencias entre realidad y textos constitucionales y viceversa.

III) Pero tanto en el tema de la eficacia de los derechos socioeconómicos, como en el caso de la eficacia de las normas programáticas, la nota común es la necesidad de una realización o desarrollo futuro. Se podría decir que estos instrumentos de transformación de la realidad constituyen la Constitución programa, que señala una situación pretendida pero que necesita



una realización posterior positiva de la que no existe garantía absoluta de que se vaya a producir, y en que términos.

Todo ello nos hace concluir que la operatividad de los mecanismos de transformación citados, normas programáticas y Declaraciones de Derechos, no es en definitiva en el proceso de que los textos constitucionales y realidad se vinculen, y se podría establecer que poseen una eficacia parcial, incompleta y dependiente.

E.

#### 4. NOTAS

- 1) Cf. P. Lucas Verdú, *Curso de Derecho Político*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1983, pág. 546.
- 2) Cf. V. Crisafulli, "La norma programmatiche della Costituzione", en *La Costituzione e la sue disposizioni de principio*, Giuffrè, Milano, 1954, pág. 59.
- 3) Ibid., pág. 19.
- 4) Vid. P. Lucas Verdú, op. cit., Vol. II, pág. 547.
- 5) Sobre la eficacia de las normas programáticas, véase, V. Crisafulli, op. cit., Pietro Virga, *Libertà giuridica e Diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1947. G. Cassoni, *Norme programmatiche e norme precettive e nella giurisprudenza di un quinquennio*, Foro Padano, 1954.
- 6) Respecto a la naturaleza de las normas programáticas, véase: P. Biscaretti de Ruffia, *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1984. P. Barile, *La costituzione como norma giuridica : profilo sistematico*, Barberá, Firenze, 1951. G. Guarino, "Materia costituzionale, costituzione materiale, leggi costituzionale", en *Diritto e Giurisprudencia*, Milano, 1948. G. Durdeau, *Les libertés publiques*, Librairie Generale de droit et de jurisprudence, Paris, 1961.
- 7) Cf. A. Tesauro, "sui principi e sulle norme del Diritto costituzionale" en *Studi in onore di G.M. Francesco*, Vol. II, Milano, 1957, pág. 707.
- 8) Ibid., pág. 709.
- 9) Vid. P. Barile, op. cit., pág.
- 10) Vid. P. Lucas Verdú, op. cit., Vol. III, pág. 76.
- 11) Sobre "reserva de Ley", véase: F. Pois, *La riserva di legge : lineamento storici e problemi attuali*, Milano, 1963. S. Traversa, *La riserva di legge d'assemblea*, R.P.T., Firenze, 1969. A. Di Giovine, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Torino, 1970. L. Sánchez Agesta, *Curso de Derecho Constitucional*, Facultad de Derecho.

- Madrid, 1980. M. García Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, Alianza, Madrid, 1983. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Vol. II, 42 ed. Padova, 1969.
- 12) Véase bibliografía sobre el Estatuto en general, en la nota 69 del Tema I.
  - 13) Cf. F. Ferrando Badía, *Regímenes Políticos actuales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1985, pág. 377.
  - 14) Concretamente sobre la elasticidad del Estatuto, véase: L. Rossi, "L'elasticità dello Statuto", en *Studi in Onore del Santi Romano*, Vol. I, Cedam, Padova, 1973, pág. 39.
  - 15) Sobre la República de Weimar, en general, véase: K.R. Bracher, *La dictadura alemana*, 2 Vols., alianza, Madrid, 1989. A. Rosenberg, *Geschichte der Weimarer Republic*, Frankfurt, 1971. A. Oliveira, *Historia de Alemania*, Fondo de Cultura Económica, México, 1952. O. Kirchheimer, *Die Grenzen der Enteignung*, Europäische Verlag, Frankfurt, 1972.
  - 16) Vid. V. Crisafulli, op. cit., pág. 225.
  - 17) Sobre la Constitución italiana de 1947, véase: V. Crisafulli, *La República imposible*, Guida, Nápoles, 1980. C. Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 2 Vols., CEDAM, Padua, 1975. A. Manzella, *Il Parlamento*, Il Mulino, Bolonia, 1977. Una ampliación de bibliografía sobre aspectos concretos véase en el Capítulo VII.
  - 18) Vid. V. Crisafulli, op. cit., pág. 228 y ss.
  - 19) Veremos detenidamente cuál ha sido la aplicación práctica de estas normas en la realidad, en el Capítulo VII.
  - 20) Cf. P. Calamandrei, *La Costituzione e la leggi per attuarla, Dieci anno dopo, 1945-1958*, Laterza, Bari, 1958. V. Crisafulli, "La costituzione tradita", *Rinascita*, 1951. M.S. Gianini, "La Resistenza e la Costituzione italiana", en *Mondo Operario*, 1951. A. Ventura, "Il Tribunale militari in azione", *Società*, 1955. L. Luzzato, *L'ombra di Bava Beccaria in diciannovesimo*, *Mondo Operario*, 1951. G. Ubertazzi, "Libertà religiosa e Costituzione", *Mondo Operario*, 1953.

- 21) Cf. P. Petta, *Ideología constitucional de la izquierda italiana*, Editorial Blume, Barcelona, 1978, pág. 137.
- 22) *Ibid.*, pág. 139.
- 23) Cf. H. Kelsen, *Teoría General del Estado*, Editora Nacional, 15 ed. México, 1979.
- 24) Cf. P. Calamandrei, *Discurso ante el Pleno de la Asamblea*, 4 de mayo de 1947, Recopilación de Sesiones, 1947. pág. 2020.
- 25) *Ibid.*, pág. 2.025.
- 26) *Ibid.*, pág. 2.045.
- 27) Vid. P. Petta, op. cit., pág. 113.
- 28) *Ibid.*, pág. 114.
- 29) En el Tema VII analizamos detenidamente la actividad jurisdiccional de la Corte Costituzionale.
- 30) Referidos a las Declaraciones de Derechos, véase: J.J. Chevalier, *La bataille des idées politiques depuis 1789*, Doctorado, París, 1962. G. Burdeau, *Les libertés publiques*, LGDJ, 1972. R. Aron, *Essai sur les libertés*, Trad. Alianza Editorial, Madrid, 1965. A. Aulard y B. Mirkin-Guetzevitch, *Les déclarations des droits de l'homme*, Ed. National, París, 1929. A. Truyol y Serra, *Los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1968.
- 31) Vid. M. Hauriou, p. cit., pág. 260.
- 32) Cf. Blackstone, *Commentaries on the law of England* (1705-69), Macmillan, Londres, 1889.
- 33) Entre las obras clásicas sobre la Carta Magna: Mc Kechnie, *Magna Carta*, 2ª ed. Londres, 1914. VV.AA., *Magna Carta Commemoration Essays*, Londres, 1917. Thompson, *Magna Carta : Its Role in the Making of the English Constitution, 1300-1629*, Minneapolis, y Londres, 1948.
- 34) Sobre documentos constitucionales ingleses en general véase: H.R.G. Greaves, *The British Constitution*, London, 1948. K.C. Wheare, *The Statute of Westminster and Dominion Status*, University Press, Oxford, 1942.

Jennings, *The Law and the Constitution*, Macmillan, Londres, 1945.

- 35) Vid. M. García Pelayo, op. cit., pág. 315.
- 36) Vid. A. Truyol y Serra, op. cit., pág. 17.
- 37) Cf. G. Vecchio, *Los derechos del hombre*, L.V. Suárez, Madrid, 1914, pág. 12.
- 38) Cf. G. Jellinek, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Librería Victoriano Suárez, Madrid, 1908, pág. 91.
- 39) Vid. A. Truyol, op. cit., pág. 18.
- 40) La Declaración de 1789, es individualista y liberal. Vandel subraya su individualismo conforme a cuatro puntos de vista: 1) filosófico, pues considera al individuo como realidad fundamental; 2) económico, ya que otorga a la propiedad privada carácter absoluto; 3) político, porque la sociedad está al servicio de los individuos; 4) sociológico, puesto que antepone al individuo aislado y pospone a las sociedades intermedias.
- 41) Sobre el individualismo en la Revolución Francesa: M. Waline, *L'individualisme et le droit*, 2ª ed. Soufflot, París, 1949. R. Pelloux, *Le citoyen devant l'Etat*, 2ª ed., P.U.F., París, 1965.
- 42) Vid. Lucas Verdú, op. cit., pág. 53, III.
- 43) Vid. G. Jellinek, op. cit., pág. 102.
- 44) Cf. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2ª ed. Vol. III, Broccard, París, 1923, pág. 57.
- 45) Vid. G. Jellinek, op. cit., pág. 105.
- 46) B. Zeig, *Die Lehre vom Pouvoir Constituant*, Verlag vom J.C.B. Mohr, Tübingen, 1909. Kloverkorn, *Die Entstehung der Erklärung der Menschen und Bürgerrechte*, Berlin, 1911. E. Voegelin, *Der Sinn der Erklärungen der Menschen und Bürgerrechte*, Faber Verlag, Wien, 1929. F. Hartung, *Die Entwicklung des Menschen und Bürgerrechte von 1776-1949*, Faber Verlag, Berlin, 1946.

- 47) Cf. Ruiz del Castillo, *Manual de Derecho Político*, V. Suárez, Madrid, 1939, pág. 32. L. Izaga, *Elementos de Derecho Político*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1952, pág. 251.
- 48) Cf. E. Boutmy, "La Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen et M. Jellinek", en *Annales de l'Ecole libre des sciences politiques*, Tomo XVII, año 1902, París, págs. 415-443.
- 49) Cf. Valch, *La Declaration des Droits de l'homme et du citoyen*, Gallimard, París, 1958. G. Vecchio del, op. cit. Brunelli, *Il contrattualismo di G. Rousseau, nei rapporti con la Dichiarazione francese*, Torino, 1911.
- 50) Vid. P. Lucas Verdú, op. cit., pág. 260.
- 51) En la actualidad se mantiene que las fuentes fueron múltiples. A. Bismain, H. Mezard, op. cit., Tomo I, págs. 556-57. Laferriere, op. cit., pág. 56. B. Kirckine-Guetzavicht, op. cit., pág. 126 y ss. G. Burdeau, op. cit., págs. 121-123.
- 52) Sobre este tema, véase entre otras obras: Otto von Gierke, *Giovanni Althusius, sviluppo storico delle teorie politiche guisnaturalistiche*, (trad. Einaudi, Torino, 1943), pág. 99. M.J.A. Condorcet, *Busquejo de Un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano*, ed. preparada por D. Torres del Moral y Marcial Suárez, Madrid, 1980. Hans Velzel, *Ein Kapitel aus der Geschichte der Amerikanischen Erklärung der Menschenrechte*, E.P. Verlag, Göttingen, 1958.
- 53) Sus 17 artículos, que sirvieron de Preámbulo a la Constitución monárquica de 1789, afirmaron los Derechos Humanos del Hombre con alcance universal. Maranini, *Classe e partito, nelle Rivoluzioni francese*, 2ª ed. Florencia, 1951. Sin embargo Mazzioti, en el ensayo *Lo spirito del diritto sociale nelle Costituzioni e nelle leggi della Francia rivoluzionaria*, AG, CXLVII, Roma, 1954, pág. 50, pretendió demostrar que ya en aquella época se anunciaron (aunque no se cumplieron) los primeros derechos sociales perfectamente compatibles con una concepción individualista de la sociedad.
- 54) Sobre la evolución de los derechos humanos, véase: S. Peces Barba, *Derechos Fundamentales, I, Teoría General*, Biblioteca Universitaria Guadiana, Madrid-Barcelona, 1973. P. Lucas Verdú, op. cit., V. III. A. Sánchez de

- la Torre, *Teoría jurídica de los Derechos Humanos*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1972.
- 55) Vid. A. Hauriou, op. cit., pág. 210.
- 56) Ibid., pág. 212.
- 57) Ibid., pág. 216.
- 58) Sobre el problema de los derechos sociales en general, véase: F. Pergolesi, *Orientamenti sociali delle Costituzioni contemporanee*, (testi coordinati), 3ª ed. Fiorentina, Firenze, 1948. Considera que no deben introducirse en la Constitución derechos económico-sociales. P. Vigny, op. cit., págs. 278-279. VV.AA., *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Murcia, Secretaría de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1981.
- 59) Cf. C. Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Vol. II, Cedam, Padua, 1976, pág. 1.135.
- 60) Vid. R. García Cotarelo, op. cit., pág. 69.
- 61) Cf. P. Suárez, "Los derechos sociales en las Constituciones", en *Constitución y Economía*, Centro de Estudios y Comunicación Social, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977, pág. 204.
- 62) Vid. P. Biscaretti, op. cit., pág. 293.
- 63) Cf. C. Ollero, *El derecho Constitucional de la posguerra*. Apuntes para su estudio, Bosh, Barcelona, 1949. Las obras citadas de B. Mirkin Guetzvicht, T. Pergolesi y Giuseppe Cicala, *Diritti sociali e crisi del diritto soggettivo nel sistema costituzionale*, casa editrice Dolt, Napoli, 1965. M. Comba, "Lavoro e Costituzione", en *Il Politico Rivista de Scienze Politiche*, Università degli Studio di Pavia, año XV, 1950, nº 1. J. Maritain, *El hombre y el Estado*, Editorial Kraft, Buenos Aires, 1952, y P. Hartman, *Les droit de l'homme et la naturelle*, P.U.F., Paris, 1946.
- 64) Cf. W. Abendroth, *Historia social del movimiento obrero*, Ed. Laia, 7ª, Barcelona, 1980, pág. 18.
- 65) Sobre los movimientos obreros ingleses: Th. Rogers, *Six centuries of work and wages. The History of English Labour*, Londres, 1921. V. Cunningham, *The growth of*

- English Industry and Commerce in Modern Times*, 4a ed., 2 Vols., University Press, Cambridge, 1937.
- 66) Respecto al movimiento cartista, véase: G. Brodnitz, *Englische Wirtschaftsgeschichte*, J.B. Verlag, Jena, 1918. J. Blondel, *La société politique britannique*, Paris, 1964. E. Dolleaux, *Le chartisme (1830-1848)*, Galimard, Paris, 1945.
- 67) Sobre la Revolución de 1848, véase: G. Veill, *L'éveil des nationalités et le mouvement libéral (1815-1848)*, Vol. XV de *Peuples et Civilisations*, Paris, 1930. J. Vicens Vives, *Historia General Moderna*, Ariel Barcelona, 1974. Ch. Moraze, *La France bourgeoise*, Ed. Domat, Paris, 1947.
- 68) Cf. C. Marx, *El 18 Brumario de Luis Bonaparte*, Ed. Ariel, Barcelona, 1971.
- 69) Cf. Sobre movimientos obreros, véase: E. Poulantzas, *Pouvoir politique et classes sociales*, (2 Vols.), Maspero, Paris, 1971. E. Dolleaux, *Historia du mouvement ouvrier, (1871-1936)*, P.U.F., Paris, 1946.
- 70) Vid. A. Truyl y Serra, op. cit., pág. 19.
- 71) Véanse las obras citadas de L. Duguit, Jaze, Burdeau, Hauriou y de J. Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, Ed. Domat, 2a ed. Montecresten, Paris, 1947.
- 72) Cf. Romain, *Éléments de Droit constitutionnelle français et comparé*, 2 Vols., 8a ed., 1922.
- 73) Vid. L. Duguit, op. cit., pág. 98.
- 74) Cf. R. Carré de Malberg, *Teoría General del Estado*, (trad. de J. Lion Depétre), F.C.E., México, 1948.
- 75) Vid. R. García Cotarelo, op. cit., pág. 70.
- 76) Vid. G. Burdeau, op. cit., pág. 101.
- 77) Vid. H. Hauriou, op. cit., pág. 221.
- 78) Ibid., pág. 222.



III. CAMBIOS EN LA CONSTITUCION:  
REFORMA CONSTITUCIONAL

## INTRODUCCION

En capítulos anteriores hemos examinado el diálogo entre Constitución y realidad desde diferentes ángulos y hemos contemplado los diversos efectos que los hechos reales producen en las Constituciones, transformándolas e influyendo en los textos, los cuales, en su vocación de permanecer y normativizar la realidad se sirven de instrumentos, jurídicos o no, para mantener su conexión con la realidad política.

Nuestro estudio de la reforma constitucional ha de justificarse desde varios aspectos, dentro de nuestro análisis de los mecanismos de transformación de las Constituciones por la realidad política y de la realidad política por las Constituciones.

- 19) Desde un aspecto de instrumento jurídico que la Constitución utiliza como medio para lograr su pervivencia y mantener su adecuación con la realidad, evitando convertirse en un texto muerto, sin vigencia real.
- 29) Puede ser considerado como una réplica a los efectos transformadores que la realidad ejerce sobre las Constituciones. Hemos intentado probar a lo largo del trabajo que los hechos políticos, económicos y sociales, tienen vida propia fuera de los marcos legales; para contrarrestar estas transformaciones, y

mantener su vigencia, las constituciones apelan a la reforma constitucional.

- 32) Cabe ver la reforma como instrumento de defensa de la Constitución ante los peligros que le acechan de desaparecer, o quedar sin respaldo por falta de adecuación con la realidad que pretende normar. De esta manera aparece la reforma como instrumento que defiende la vida de la Constitución, la prolonga y mantiene su relevancia para la realidad política.

Los procedimientos para llevar a cabo la reforma que casi todas las Constituciones modernas incluyen en sus textos, vienen siendo considerados por la doctrina, como una garantía de la propia Constitución. Como indica Jorge de Esteban, a partir de la distinción que hiciera Lasalle entre Constitución real y Constitución legal, no se ha cesado de señalar la vinculación que debe existir entre la Constitución como norma y la Constitución como complejo de estructuras sociales, económicas y culturales del Estado donde dicha norma fundamental rija. Ahora bien, esta Constitución real no será estática; toda sociedad sufre cambios y modificaciones, y la Constitución legal tiene que evolucionar con ella, tratando pues de buscar el máximo acercamiento entre ella y la Constitución real.

Esta fundamentación sociológica tiene su correspondencia filosófico-jurídica en la teoría del poder constituyente, constituido o derivado. El pueblo es el titular de la soberanía y como tal, puede modificar su Constitución o dotarse de una nueva

si lo estima conveniente. Este derecho, como derecho soberano que es no pueda ser excluido por poder constituyente alguno, aunque sí es limitable constitucionalmente estableciendo un "procedimiento" determinado y atribuyendo a ciertos órganos constituidos la realización de la reforma. Se plantea así el problema del diseño del mecanismo de reforma, que según los procedimientos que fije puede limitar considerablemente sus posibilidades transformadoras y convertir los textos constitucionales en "pétreos" o difícilmente reformables. Este aspecto nos interesa especialmente por su articulación con el problema de la eficacia y operatividad de la figura de la reforma constitucional en el proceso que el constitucionalismo ha seguido de aproximación a la realidad que es en general la línea discursiva de ese trabajo.

#### 1. CONEXION ENTRE REFORMA CONSTITUCIONAL Y REALIDAD

Toda Constitución integra el "status quo" existente en el momento de su nacimiento y no puede prever el futuro; si acaso, puede prever unas necesidades que sobrevendrán. Como señala Loewenstein, la Constitución ideal no existe, y no sólo por el hecho de que una Constitución no puede adaptarse nunca plenamente a las tensiones internas en constante cambio, sino porque tampoco existe ningún tipo que pueda encajar por igual en todos los Estados, ya que las naciones en el momento de otorgarse una Constitución se encuentran en distinta fase de desarrollo<sup>1</sup>.

Por esta razón, el texto Constitucional está considerado como un organismo vivo, sometido a la dinámica de la vida, que nunca podrá ser encuadrado en unas normas fijas e invariables. Dado que la realidad es cambiante, es fundamental que exista una conexión entre ordenamiento constitucional y realidad que impida que el texto Constitucional se convierta en letra muerta. En el mantenimiento de esta conexión tiene una aplicación muy concreta la reforma constitucional y sus límites, ya que se trata del procedimiento jurídico-político que permite asimilar un cambio en el texto, exigido por el desarrollo social, y que no implica una ruptura de la legalidad, sino una revisión legal.

La Reforma Constitucional no puede ser analizada exclusivamente desde el punto de vista jurídico, pues se trata de una cuestión que invade el campo de la teoría política, en cuanto que enlaza con la problemática de la soberanía y del poder constituyente, y el de la sociología política, en cuanto plantea problemas importantes sobre su carácter transformador o no, de la realidad social.

Teniendo presente los aspectos estabilizadores, de adecuación y de defensa de la Constitución, que hemos mencionado se afirman del mecanismo de reforma, se plantea en opinión de Alvarez Conde, si el problema de los mecanismos de reforma pueden ser considerados desde una perspectiva transformativista. Es decir, si constituye el cauce adecuado para llevar a cabo una transformación constitucional<sup>2</sup>.

Ciertamente la técnica de reforma constitucional implica transformación progresiva del texto constitucional, o al menos impide, en cuanto mecanismo de defensa de la Constitución, modificaciones de sentido contrario. Aunque como precisa Alvarez Conde, no parece ser su principal función, ya que la reforma constitucional parece más bien pensada para adecuar el texto a aquellas transformaciones ocurridas a otros niveles<sup>3</sup>. Es decir, mediante la reforma, se trasladan al texto constitucional las transformaciones acaecidas en la realidad constitucional, no siendo, pues, propiamente un motor del cambio, sino un cauce adecuado para su expresión<sup>4</sup>.

Existe una relación estrecha y doble de la reforma constitucional con la realidad cambiante de un Estado. Porque se han producido cambios desde la promulgación, se hace necesaria la reforma constitucional, la cual a su vez, introduce cambios en la vida política. Pero la Constitución en sí misma, tiene vocación de permanente, y en caso de que prevea su reforma, el modo previsto puede oscilar entre la práctica imposibilidad de su revisión y el revisionismo periódico, aunque puede darse el término medio, es decir, el establecimiento de un sistema que permite el cambio, pero que requiere esfuerzo.

Un motivo para dificultar la reforma puede ser el temor al cambio de instituciones y a la agitación que precede todo proceso constituyente. Hay Constituciones sin cláusula de reforma, como la de España de 1876, pero no por ello se desprende que tales Constituciones escritas sean irreformables. Se puede suponer en algunos casos que tales Constituciones podrán ser reformadas,

siguiendo el mismo procedimiento que se utilizó para su promulgación.

Rousseau señala que el pueblo es dueño siempre de cambiar sus leyes, aun las mejores, y que no hay en el Estado ley fundamental alguna que no pueda renovarse<sup>6</sup>. La Declaración francesa del 24 de junio de 1793, en el artículo 28 afirmaba que un pueblo tiene siempre el derecho de reformar y revisar su Constitución, porque una generación no puede sujetar<sup>7</sup> a sus leyes a las generaciones futuras.

Sobre este mismo punto, Jellinek afirma que cuando el derecho no ofrece medios para reformar el mecanismo constitucional, las fuerzas históricas que viven en el pueblo, la "irrational realidad", buscan siempre el camino de la revolución<sup>8</sup>. Ciertamente, resulta innegable que el poder de los hechos no se detiene por no existir el marco legal, como vimos en el Tema I.

Ahora bien, la reforma constante va en contra del rango de ley fundamental y provoca descrédito en sus instituciones, por lo que se suele buscar una armonía entre el principio de estabilidad y el de revisión; en otras palabras, en la reforma constitucional hay que destacar y armonizar dos ideas fundamentales: cambio, y garantías legales. Pero para que la Constitución mantenga su preeminencia, su condición de "supralegalidad", la reforma ha de seguir unos cauces establecidos, y ha de someterse a procedimientos formales<sup>9</sup>, que pueden ser de gran complejidad, y que los tratados especializados recogen ampliamente. Solamente queremos precisar que Biscaretti di Ruffia estudia los

procedimientos de revisión constitucional y los clasifica en dos grandes sistemas:

- a) El 1º exige la intervención de órganos especiales diversos de los legislativos ordinarios, con lo cual se aproxima al procedimiento de expedición original del texto constitucional.
- b) El 2º lo forman los que requieren procedimientos dificultados o agravados en relación con los normales ordinarios, pero con los mismos órganos legislativos.

Además hay que tener presente que algunos sistemas incluyen procedimientos combinados, lo que supone extremar la dificultad de llevar a cabo la reforma. El ejemplo clásico de procedimiento "superdificultado" es el de la Constitución de Estados Unidos, cuyo artículo V establece el mecanismo de revisión que tiene lugar en dos fases: primero la propuesta, y después la ratificación. Se prevén dos sistemas de aprobación, uno eminentemente parlamentario, y otro de carácter más popular, y además se fijan una serie de límites.

Se trata de una Constitución que ha arraigado hondamente en el país, que ha creado tradición interpretativa y que posee una elasticidad considerable que le ha permitido evolucionar y transformarse según exigía la demanda de la realidad social cambiante.

La reciente doctrina de Derecho Público norteamericano es unánime al subrayar, que la Constitución, aparece ahora



notablemente transformada respecto a su modelo originario de Filadelfia, y esto no sólo por obra de diversas leyes ordinarias, que actuando en los espacios vacíos dejados a su disposición han regulado en modos totalmente nuevos, varios sectores del ordenamiento federal; por ejemplo sus diferentes órganos judiciales con sus respectivas competencias, sino también y especialmente, a través de las sentencias de la judicatura<sup>10</sup>, de donde viene el dicho que se repite aún hoy, que "The Constitution is what the judges say it is", y por los más diversos "usages"<sup>11</sup> o convenciones constitucionales<sup>12</sup>, que en parte entran en la costumbre, y en parte en las llamadas normas de corrección constitucional<sup>13</sup>, como aquéllas que han renovado el procedimiento electivo del Presidente y del Vicepresidente de los Estados Unidos, haciéndolo de hecho directo, en lugar de serlo de 2º grado, con el mismo resultado práctico conseguido mucho más tarde, en orden a la elección de los senadores, convertida formalmente en directa en virtud de la enmienda XVII de 1913.

El escaso número de enmiendas en la Constitución estadounidense, decana de las actuales, demuestra que no por ser más antiguos los textos constitucionales, sufren más cambios o reformas, sino que depende de otros factores, como el tipo de Constitución, la idiosincrasia del país que regula, el sentimiento de vinculación a la Constitución, y el respeto que ésta produce, etc., sentimientos estos últimos muy destacables en el pueblo norteamericano. Asimismo el ejemplo de la Constitución americana hace evidente la necesidad de adaptación de los textos constitucionales a los nuevos hechos, con independencia de que estén previstos sistemas agravados de reforma.

## 2. LA REFORMA COMO INSTRUMENTO DE ESTABILIDAD Y DEFENSA CONSTITUCIONAL

Como ya se ha dicho en los apartados anteriores, una de las razones de ser de la reforma de la constitución, está en la búsqueda de su estabilidad y continuidad en el tiempo. Cuando se regula el procedimiento que se ha de seguir para llevar a cabo una reforma constitucional, se está generalmente dificultando el que la Constitución pueda sufrir cambios, dependiendo de cualquier modificación de tendencia política de los electores. Como es natural, todas las Constituciones que prevén procedimientos de revisión constitucional son rígidas, pues las flexibles pueden modificarse por el procedimiento legislativo ordinario acostumbrado<sup>14</sup>.

Es bien conocida la distinción que hizo Bryce entre Constituciones rígidas y flexibles, y por ello no nos detenemos en ella, simplemente recordaremos que, como dice Posada, los conceptos de flexibilidad y rigidez constitucional tienen una significación histórica y una explicación política, lo cual no obsta para que revistan un alcance técnico-jurídico. La idea predominante en la generación del tipo jurídico constitucional, -rígido o no- es el establecer y mantener un gobierno que responda y acomode su actuación, a las normas dictadas por el texto<sup>15</sup>.

La rigidez constitucional es un mecanismo de defensa de la Constitución mediante el establecimiento de precauciones-garantías-excepcionales.

- 1) De precauciones políticas -frente al poder constituido- con alcance jurídico: normas constitucionales a que ha de acomodarse la representación del Estado.
- 2) De precauciones jurídicas: intangibilidad del texto constitucional salvo el procedimiento de revisión y defensa judicial de la Constitución. El valor y alcance de las precauciones varían de Estado a Estado<sup>12</sup>.

Hay que puntualizar que es la reforma agravada, que sigue un procedimiento difícil y complicado, la que pretende ser una defensa de la permanencia de la Constitución. En la dificultad del procedimiento a seguir, que puede ser disuasorio o casi imposible de realizar, es donde reside el papel defensor de la reforma, no en la simple figura de la reforma constitucional. Y además hay que precisar que la defensa de las Constituciones no está centrada en su reforma, sino en otras instituciones como puede ser el Tribunal Constitucional.

La mayor o menor dificultad o agravamiento en los procedimientos de reforma de una Constitución tiene en muchos casos, si no es siempre, relación con el ambiente de peligros o de amenazas que se suponen acechan a la vida de la Constitución de que se trata<sup>13</sup>. Y en ello se ve, el funcionamiento del mecanismo de reforma agravada como una defensa de la Constitución. Carl Schmitt, precisa sobre esto: "...la demanda de un protector, de un defensor de la Constitución es, en la mayoría de los casos, indicio de situaciones críticas para la Constitución<sup>14</sup>.

La rigidez se introdujo en la Constitución escrita del período liberal y se interpretó sobre todo como un mecanismo de defensa de la Constitución, así como del régimen político establecido en ella. La Constitución francesa de 1785 era rígida, y así fueron casi todas las Constituciones de la Francia revolucionaria. Pero hay que señalar que durante la Revolución Francesa, se sostuvo el principio de la absoluta libertad de cambio de la Constitución por parte del pueblo, titular del poder constituyente, y así se expresa en el art. 1 del Título VII de la Constitución de 1791<sup>13</sup>.

Posteriormente, la rigidez constitucional se generalizó en los textos pues la burguesía liberal buscaba seguridad jurídica para sus conquistas políticas, y de esta forma, un texto difícilmente reformable, suponía una garantía de cierta permanencia y estabilidad política, y alejaba el riesgo de un retroceso involutivo o reaccionario en el status de derechos políticos y sociales ya alcanzado.

En nuestra opinión es destacable que se ha producido a lo largo del constitucionalismo una transformación de Constituciones flexibles en rígidas, sin que haya habido modificaciones a la inversa; estableciéndose así una correspondencia entre constitucionalismo-flexible-oligárquico, y constitucionalismo-rígido-democrático, lo que conduce a la conclusión de que el proceso de democratización de la sociedad y del Estado que está en marcha, supone con certeza la imposición generalizada de la Constitución rígida como única forma de articulación política y jurídica del Estado. .

De hecho, ya hoy la distinción entre Constituciones rígidas y flexibles ha perdido en buena parte su significación y es más apropiado considerar constituciones de mayor o menor rigidez.

Se puede deducir que, generalmente, depende de la tensión, polémica, o desconfianza que rodearon la creación de un texto constitucional, la rigidez que en tal texto se observa. Y por ello, también se puede hacer el razonamiento en sentido inverso. Cuando se observa un procedimiento extremadamente agravado de reforma, nos podremos preguntar qué razones de peligro o desconfianza lo motivaron. El texto de Carl Schmitt es muy elocuente:

"Al establecer estas complicaciones (por ejemplo, la exigencia de una mayoría cualificada de dos tercios de los votos) se debe preguntar siempre por el enemigo político a quien se quiere dificultar la entrada por la puerta de la legalidad"<sup>20</sup>.

Con la misma lógica podemos afirmar que cuando pensadores y estudiosos se ocuparon fundamentalmente de este problema, fue cuando la práctica constitucional liberal, se veía atacada y en peligro. Así vemos que Schmitt reacciona contra las teorías de Kelsen que considera defensor de la Constitución al Tribunal Constitucional, y opina que ningún Tribunal de Justicia pueda ser el Guardián de la Constitución, sino que sostiene que es el Jefe del Estado quien pueda tener tal título<sup>21</sup>, y trata aquí de ahondar en la tesis del poder moderador o "poder neutro" de Constant<sup>22</sup>.

Cuando tenía lugar esta polémica era el ocaso de la República de Weimar, la práctica constitucional estaba amenazada, y esta sensación de peligro, actuaba como estimulante en las consideraciones sobre la defensa de la Constitución. Lo mismo se puede decir de la Justicia Constitucional, cuya configuración, consolidación y propagación, aparecen en los momentos de crisis, como afirma Lucas Verdú<sup>23</sup>.

Partiendo de la idea de la reforma constitucional como defensa del texto, parece plantearse una contradicción al existir la posibilidad de que la reforma sea total, o simplemente parcial; el problema no es teórico y discursivo, sino práctico y real ya que en muchos textos se incluyen las dos modalidades. Resulta incoherente la previsión de una reforma total del texto, pues si es así lo que se produce es la destrucción de la Constitución con la desaparición de lo que Schmitt y otros autores han llamado su "esencia", o en otras palabras, "el mínimo irreformable"<sup>24</sup>.

Hoy en día ya se han superado las posiciones más conservadoras y tradicionales relativas a la inmutabilidad de determinadas partes de la Constitución y está vigente la idea de que no se puede ignorar que en la realidad, cualquier aspecto de ella, político o social, es resultado de la acumulación del tiempo pasado. Nos parece que no se puede con rigor asociar la idea de inmutabilidad a ningún estadio de la vida humana que por su propia esencia es mudable y de este carácter participa todo lo que le es propio.

Sintetizando la consideración de defensa del texto constitucional a través de la reforma es evidente que tiene lugar al asegurar la permanencia del texto mediante la adecuación a los cambios socio-políticos que se van produciendo, a fin de que siga habiendo conexión entre la realidad y el texto constitucional<sup>22</sup>, entre la realidad y el Derecho, y que no se produzca un desfase que provocaría, sin una actualización por el sistema de reforma, un texto constitucional carente de normatividad y abocado a su desaparición, lo que generalmente produce tensiones desestabilizadoras en el país. Mediante la reforma de la Constitución se puede lograr que siga siendo normativa, aunque se hayan modificado sensiblemente las circunstancias existentes en el momento de la promulgación del texto.

### 3. UN CASO DE REFORMA CONSTITUCIONAL EN UN TEXTO

#### REVOLUCIONARIO: LA CONSTITUCION DE WEIMAR

Debido a que los numerosos textos de estudio y manuales incluyen todos los sistemas de reforma que las Constituciones modernas prevén, consideramos interesante en la línea que sigue nuestro trabajo seleccionar un texto, prácticamente producto de una revolución como es la Constitución de Weimar y su sistema de reforma, como ejemplo de la presión revolucionaria sobre los textos, pues desde luego los constituyentes de Weimar no pudieron sustraerse a las circunstancias revolucionarias del momento y su obra es prueba de ello<sup>23</sup>.

La Monarquía Constitucional subsistió en Alemania hasta noviembre de 1918. Las reformas constitucionales con que se introdujo en el Reich el gobierno parlamentario en octubre de 1919, no pudieron detener ya la Revolución de 1918, ni salvar el trono imperial, al igual que la parlamentarización del 21 de mayo de 1870, en Francia tampoco pudo detener la caída del Imperio Napoleónico.

Con la Revolución de 1918 se introduce prácticamente en Alemania la doctrina democrática del poder constituyente del pueblo. En el período de 10 de noviembre de 1918 al 6 de febrero de 1919 en que se reunió la Asamblea Nacional Constituyente, ejerció el gobierno provisional un Consejo de Comisarios del Pueblo bajo vigilancia de los Comités de trabajadores y soldados. Tales Comités, fueron reconocidos como poseedores del poder político y se mantuvieron hasta la reunión de una Asamblea elegida por todo el pueblo alemán, con arreglo a preceptos democráticos para acordar las leyes constitucionales.

Dicha Asamblea Nacional, reunida el 6 de febrero de 1919 en Weimar, ejerció el poder constituyente del pueblo alemán, pero no era sujeto titular de dicho poder, sino sólo un comisionado. Mientras no concluyó la Asamblea Nacional su misión, es decir, la creación de la Constitución, no tenía límites legales constitucionales.

Tal situación, en que una Asamblea Nacional, se reúne tras la abolición de las anteriores leyes constitucionales, y hasta que no haya nuevas leyes constitucionales actúa con plenos poderes



que le han sido transmitidos, podría calificarse de "dictadura", pero dictadura soberana y por encargo del Pueblo, que puede desautorizar a sus comisionados por medio de una acción política.

La transformación automática del gobierno de Asamblea en una conformación autocrática del poder, queda confirmada por la historia de tal manera, que casi se puede hablar de una ley biológica. Hay varios ejemplos, pero citemos sólo uno: la II República francesa acabó, después de los 3 años, en la dictadura de Napoleón III<sup>er</sup>, que había sido elevado por la República al cargo de presidente a través de una elección popular. Solamente los Länder, bajo la República de Weimar, fueron una excepción a esta regla. Eran en el fondo divisiones territoriales del Reich, regidos en principio parlamentariamente, pero en último término autoritariamente, lo que les permitió sustraerse al destino normal de un Gobierno de Asamblea.

La Constitución de Weimar, junto a los casos de decisión plebiscitaria extraordinaria, deja subsistente en toda su organización al Estado legislativo parlamentario, y hay que tener en cuenta, que el sistema de legalidad de ese Estado, tiene una lógica distinta a la democracia parlamentaria. Se podría afirmar que en este texto constitucional hay dos sistemas legislativos yuxtapuestos diferentes: el de la legalidad parlamentaria, y el de la legitimidad plebiscitaria<sup>22</sup>.

Existe entonces una contradicción, al mantenerse uno junto a otro y sin relación recíproca, los dos métodos para calcular los

resultados de las votaciones y las cifras de la mayoría. Véase el art. 76:

"La Constitución puede ser reformada en vía legislativa ordinaria. Sin embargo, solamente pueden adoptarse acuerdos del Reichstag sobre reforma de las constituciones, cuando están presentes dos tercios del número legal de sus miembros y votan en pro, al menos, dos tercios de los presentes".

Pero el art. 76 de la Constitución, para reformar la Constitución por plebiscito de iniciativa popular, se contenta con exigir el asentimiento de la mayoría simple, tan sólo de los ciudadanos con derecho de voto. Como vemos en el Reichstag se exige una mayoría de dos tercios, en vez de mayoría simple; pero si se trata de una decisión popular, no exige determinada proporción. Es evidente que hay una contradicción.

En cambio, el art. 75 de dicha Constitución, sólo exige como calificación para un plebiscito destinado a derogar una resolución del Reichstag, que en el mismo participe la mayoría de los ciudadanos con derecho a voto, o sea, sólo exige una mera cifra de ciudadanos presentes con capacidad de decidir. Se puede afirmar, en general, que si se produce una decisión popular ésta es sin más y "eo ipso", capaz de reformar la Constitución.

Si se parte del supuesto de que, según la idea fundamental del sistema representativo, el pueblo está representado en el Parlamento de una manera íntegra y plena, y de que la

Constitución trata además, de organizar una congruencia aritmética entre la mayoría popular y la mayoría parlamentaria mediante la aplicación del sistema de representación proporcional, entonces hay que preguntarse: ¿Por qué para la reforma de la Constitución se exige al Parlamento el asentimiento de una mayoría de dos tercios, mientras que si dicha reforma constitucional se hace mediante plebiscito por iniciativa popular, basta con la mayoría simple?». En nuestra opinión, se puede interpretar esta contradicción como una influencia del origen revolucionario-popular de la Constitución, y de las circunstancias que presidieron su surgimiento. La Revolución de 1918, tuvo que imprimir un determinado carácter en el texto, y el diverso procedimiento de reforma constitucional, según sea por vía legislativa ordinaria, o por plebiscito de iniciativa popular, puede considerarse como una reserva popular que hace al constituyente, bajo una cierta inspiración o presión revolucionaria».

En general, en la Constitución de Weimar se desarrolló una constante práctica de quebrantamiento constitucional y las leyes de reforma de la Constitución son un ejemplo. En la aplicación de la Constitución de Weimar, el procedimiento del art. 76, sirve a dos fines distintos: primero como procedimiento de revisión de las leyes constitucionales, y segundo, para hacer posibles los actos de soberanía.

Carl Schmitt se refiere a las normas de compromiso y dilatorias existentes en la Constitución de Weimar, fenómeno que se ha producido después en otros textos constitucionales. Así

como la existencia de compromisos apócrifos. Se les podría llamar apócrifos, porque no afectaban a las decisiones objetivas logradas mediante transacciones. Su esencia radicaba en una fórmula que ratificaba todas las exigencias contradictorias y dejaba indecisa la cuestión litigada. Contenía aproximaciones externas, verbales, de contenido objetivamente inconciliable. El acuerdo no afectaba al fondo. Sólo estaban conformes en aplazar la decisión y dejar abiertas las más distintas posibilidades y significados<sup>21</sup>.

La práctica del art. 76 condujo a emitir sin distinción alguna, disposiciones que quebrantaban prescripciones legal-constitucionales en forma de leyes de reforma de la Constitución. Asimismo, la Constitución de Weimar padeció el mal de la reforma tácita, heredado de la Constitución de Bismarck. Esta consistió en que si bien la norma constitucional era modificada por el procedimiento prescrito para la reforma constitucional, la enmienda misma no quedaba señalada en el lugar correspondiente del texto constitucional. La consecuencia fue que cuando llegó 1933, el texto aparentemente en vigor estaba cargado de múltiples enmiendas sin-registrar. No solamente no se sabía si estaba todavía en vigor el texto, sino que en virtud de la "descalorización" de la Constitución, como dice Lucas Verdú, no cabía esperar ningún sentimiento constitucional, ya que las respectivas mayorías formadas por los partidarios en la Asamblea Legislativa, pudieron saltar sobre la Constitución según sus caprichos, con sólo respetar las disposiciones referentes al procedimiento de reforma constitucional<sup>22</sup>.

El gran número de reformas tácitas<sup>33</sup> que hubo, permitió desmontar la Constitución sin derogarla. Esto, unido a los poderes excepcionales de los que repetidamente hizo uso el Presidente, explica cómo Hitler pudo llegar al poder por vía constitucional. En enero de 1933, fue llamado al poder por el Presidente Hindenburg y su gobierno recibió de una mayoría nacional y nacional-socialista plenos poderes, lo que le permitió dejar "de facto" derogada la Constitución de Weimar, aunque no de forma expresa, y asimismo permitió la instauración del Tercer Reich bajo el Führer.

El ejemplo de lo acontecido en la Constitución de Weimar sirvió para que en Constituciones posteriores europeas, se evitara la posibilidad de las reformas tácitas de los textos constitucionales. Por ejemplo en la Ley Fundamental de la República de Bonn, artículo 79, párrafo 1, se ha tenido presente este problema. Actualmente cada reforma constitucional debe quedar registrada en el texto constitucional mismo. Con esto se pone un impedimento a frívolas enmiendas constitucionales de una mayoría parlamentaria, ya que las Asambleas Legislativas están ahora obligadas a confesar abiertamente cualquier modificación constitucional.

#### 4. LA REFORMA COMO PROBLEMA

Todo lo expuesto cómo teoría general de la reforma es objeto de discusión entre los autores. En su totalidad el campo de la revisión constitucional es polémico y realmente no hay consenso

sobre ningún aspecto<sup>24</sup>. Pero los debates que las facetas de la reforma constitucional provoca no son ejercicios teóricos, sino que se trata de encontradas polémicas políticas, sobre la posibilidad y conveniencia de llevar a cabo la reforma, en qué sentido, y en qué circunstancias.

Existe además, desde el punto de vista político, una posición que consiste en rehusar por completo la figura de la reforma, como reflejo de la duda que inspira su capacidad para solventar los desfases entre Constitución y realidad social. La justificación de esta posición tiene diferentes orígenes, ya que hay teorías que partiendo de la relación realidad-constitución, niegan que la realidad social sea un factor determinante de la vida jurídico-política. Son opiniones que tienen su anclaje más en la tradición que en el progreso, y no sólo recusan la idea de reforma constitucional, sino incluso la idea de adaptación del ordenamiento jurídico.

Como posición contraria se pueden citar, las teorías que niegan al Derecho cualquier capacidad para adaptarse a los procesos profundos de cambio, y que se basan en la idea de que sólo lo revolucionario, entendiendo por ello lo antijurídico y la imposición de los hechos al derecho, tiene posibilidad de modificar el orden legal establecido. Es decir, niegan en la relación realidad-ordenamiento jurídico, el papel activo del segundo elemento.

Frete a estas actitudes cabe considerar una tercera posición que defiende la capacidad del Derecho, del orden jurídico

establecido para adaptarse a la realidad. Y no sólo rechaza la idea de que la revolución o los actos violentos sean los únicos medios, sino que defiende que se puede responder de forma institucionalizada jurídicamente al proceso cambiante de la realidad social. Es decir, considera que la reforma reglamentada u otros sistemas alternativos son instrumentos necesarios capaces de mantener y lograr la adecuación entre textos y vida real.

Pero en todo caso, resulta evidente que, las posiciones que propugnan los cambios en los textos, aunque elijan diferentes vías, muestran un punto común de descontento respecto a lo establecido en el texto, y por ello experimentan la necesidad de su transformación. Y hay que señalar, que un cambio en la Constitución hace de ésta, otro texto en mayor o menor grado distinto, y significa, que si la realidad cambiante supone una rectificación en la dirección del texto, los que propugnan su adecuación, son partidarios de la nueva dirección que se trata de imprimir a la Constitución, luego en todas estas posiciones frente a la reforma constitucional, las motivaciones políticas son las determinantes de las actitudes proclives o no al cambio<sup>22</sup>.

Veamos este problema en su evolución histórica. En un principio, el constitucionalismo liberal revolucionario rechazó la idea de reforma partiendo de un ingenuo racionalismo, en que la Constitución era una obra perfecta, una conquista histórica, irrenunciable; por ello los mecanismos de reforma eran extraordinariamente complejos, y en muchos textos se evitaba el tema, pretendiendo la imposibilidad del cambio<sup>23</sup>.

Estas posiciones teóricas vinieron a claudicar ante la evidencia de isoslayables cambios históricos de la realidad social. Se produce una serie de fenómenos sociales, movimientos obreros, surgimiento de nuevas clases que se incorporan a la vida política, la industrialización y sus consecuencias, la aparición de nuevos derechos que se positivizan, todo ello, a lo que ya nos hemos referido, provoca la evolución de la concepción liberal original; en una fase posterior, la durabilidad temporal de una ley constitucional, está en razón directa a su capacidad de adaptación a los nuevos procesos históricos, y no, desde luego, a la vana pretensión de irreformabilidad<sup>37</sup>.

Desde la perspectiva jerárquica predominante en el liberalismo, la revisión, aparece como medio idóneo para la resolución del conflicto entre la irreformabilidad, que se considera categoría ideal, que no tiene proyección práctica, y la absoluta flexibilidad, a la que se reconoce riesgos y peligros que la estabilidad y seguridad jurídica aconsejan evitar.

Esta tensión se resuelve, a través de la articulación de un mecanismo que posibilite la adaptación ordenada a las necesidades sociales cambiantes. Es decir, la Constitución encauza el cambio mediante legalización de procedimientos adecuados, o sea, no puede legalizar su revolución. La rigidez constitucional, se materializa en mecanismos especiales para la revisión del texto constitucional, y estas previsiones se conciben como vías para la autotransformación del sistema político. Se pone más el acento en la posibilidad de alteración, que en la faceta de garantías.



El liberalismo clásico que no era beligerante en materia social, establecía las reglas: separación de poderes y declaración de derechos, regulación mas formal que efectiva. A estas materias eran las que se concedía la garantía de rigidez. La aparición en la primera postguerra de las Constituciones Mexicana y de Weimar<sup>20</sup>, con la ampliación de las materias constitucionales, y nuevos capítulos dedicados a la estructura económica y social, origina que se les confiera el carácter de rigidez. Este nuevo giro cambiará parcialmente la concepción de la rigidez y de la reforma. Las Constituciones que contienen nuevas áreas sobre temas económicos y sociales exigen un grado de consenso, y producen un grado de satisfacción que antes no existía. Este acuerdo social y económico exige que haya una protección interna que se muestra en la generalizada rigidez de las Constituciones actuales, y en la acentuación de la faceta garantizadora de la figura de la reforma constitucional<sup>21</sup>.

Las Constituciones modernas son sancionadoras de una etapa histórica que se considera un avance sobre las teorías del Estado liberal. La consecución de estos textos tras períodos traumáticos, despierta un mecanismo de hiperprotección, que si bien es saludable al principio, puede ser un lastre a la hora de recoger transformaciones profundas y cualitativas de la sociedad. En la significación actual, la defensa de la Constitución en sentido amplio se dirige a evitar retrocesos hacia un pasado histórico indeseable, para lo que se concretan los mecanismos que lo impidan, sin confiar en articulados genéricos, ideales y bien intencionados que se incluyeron en los primeros textos liberales<sup>22</sup>.

#### 4.1.- REFERENCIA AL SISTEMA ESPAÑOL COMO EJEMPLO

Varias de las características citadas aquí de los textos modernos, que acogen sistemas de reforma como defensa de la Constitución, y surgen en circunstancias difíciles o traumáticas, conforman y caracterizan la Constitución española vigente y el sistema de reforma que incluye, lo que vamos a comentar desde la perspectiva que nos guía de vinculación de textos constitucionales y realidad, y no desde el punto de vista del estudio jurídico formal del procedimiento que se recoge en el Título X, y que está ampliamente analizado en numerosas monografías.

Se ha dicho que la Constitución española de 1978 es un texto de ruptura con el ordenamiento anterior, ruptura que se inició con la aprobación de la Ley para la Reforma Política de 1977 que actúa como bisagra entre legalidad franquista y futura democracia<sup>41</sup>. Se puede afirmar que realmente nuestra Constitución es el texto político de una transición entre una época que se desea superar definitivamente sin posibilidades de retroceso, y un sistema democrático y pluralista que aparezca como meta a conseguir pero no exenta de riesgos. Las circunstancias políticas que concurren en el proceso constituyente<sup>42</sup>, donde las diversas fuerzas políticas, aún con la idea común de elaborar el texto constitucional, trataban de plasmar en el texto su ideología al tiempo que procuraban dificultar posibles cambios futuros inspirados por otras tendencias políticas, todo ello configura un cierto temor por el porvenir del texto constitucional y una

desconfianza entre los constituyentes que se traduce en el sistema de reforma constitucional que se adopta.

Como es sabido los artículos 167 y 168 regulan dos procedimientos de reforma distintos, ordinario y agravado, con diferente grado de rigidez, según la materia que se pretende reformar. El artículo 168 configura un procedimiento especialmente rígido que abarca tanto el supuesto de revisión total que no es excluido, como los proyectos de revisión parcial que afecten a materias determinadas, que quedan superprotegidas: El Título Preliminar, el Capítulo II, Sección primera del Título I, y el Título II. Como vemos, la reforma de gobierno está incluida en la protección especial ya que era uno de los intereses comunes a los constituyentes. Generalmente, otros textos constitucionales también llevan a cabo tal protección mediante cláusulas de intangibilidad, con la diferencia que en el texto español, la forma de gobierno no resulta irreformable. Luego, teniendo presente que en nuestro texto constitucional no hay cláusulas de intangibilidad, el legislador ha resuelto la especial protección que tales cláusulas dan a determinadas materias mediante el procedimiento agravado del art. 168, sobre el que Oscar Alzaga opina que es una transacción encomiable entre la desconfianza radical hacia las cláusulas de intangibilidad y la fe de los juristas en las mismas<sup>43</sup>. Y en opinión de Pedro de Vega hubiera sido conveniente que se declarasen irreformables tanto la forma del Estado como la del Gobierno, como los valores proclamados en el art. 1.1 alegando para ello razones de tipo político, pues toda la Constitución se identifica con un régimen político determinado y una determinada forma de gobierno<sup>44</sup>. Esta

idea, unida a que efectivamente una cláusula de intangibilidad tiene valor educativo y simbólico responde en nuestra opinión, a igual sentimiento de protección del texto que hemos citado, pero en el caso español el legislador no lo ha previsto así, posiblemente al estar influenciado por el ejemplo repetido en la historia del constitucionalismo contemporáneo y más concretamente en España, de cómo las leyes son declaradas "inmutables", y "eternas" y sin embargo asistimos a su mutación, cambio e incluso desaparición.

Una idea semejante de defensa del texto y de temor ante impulsos reformistas nos parece que inspiró la decisión de los constituyentes de excluir de la iniciativa de la reforma constitucional a la iniciativa popular en contraste con la iniciativa legislativa popular. Teniendo en cuenta que los procedimientos de reforma son de manera parcial una manifestación del poder constituyente que reside en el pueblo, el veto a la iniciativa popular representa una contradicción y un bloqueo a que el pueblo soberano emita su voluntad. Evidentemente, el legislador ha pretendido obstaculizar las posibilidades reformistas, estimando que el texto surgido del consenso demandaba protección así como interesaba mantener dicho consenso y no facilitar su ruptura.

En realidad nuestro texto vigente sigue la regla casi general en el Derecho Comparado, -a excepción del derecho helvético- tendente a excluir el cuerpo electoral en el planteamiento de la reforma constitucional. También es un requisito polémico y que ha recibido críticas el que se reconozca la facultad de iniciativa a

Comunidades autónomas cuando sus Asambleas legislativas no tienen concretamente la consideración de órganos legislativos.

Ciertamente la participación se limita a la iniciativa de reforma, con las limitaciones que a tal efecto establece el art. 82.2 no siendo necesaria su presencia en la aprobación de la reforma constitucional, como sucede en muchos estados federales.

Es evidente que el sistema agravado proporciona una hiperprotección a determinadas áreas de contenido constitucional que se consideran fundamentales, y que constituyen la base política e ideológica del nuevo sistema político democrático, por cuya viabilidad los constituyentes experimentan especial preocupación. Aparece así la Constitución española como un texto vivo y reflejo de la situación política en que nace, que si bien incluye mecanismos de reforma para una posible adecuación ante los cambios que se produzcan, por otra parte protege determinado articulado de forma que lo hace difícilmente reformable con lo que en cierta manera se condiciona su transformación por ese mecanismo.

Gran parte de la doctrina<sup>44</sup> ha criticado el procedimiento especial de reforma, al que se juzga en ciertos aspectos contradictorio, y en general como concebido para no ser utilizado nunca, al tiempo que se produce una limitación de las posibles transformaciones futuras que demande la evolución del sistema económico y social.

Sin embargo, hay que destacar que nuestro texto constitucional aún incluyendo el sistema rígido de reforma citado, no incluye el límite de espera necesario tras la promulgación de la Constitución para que pueda llevarse a cabo la reforma.

En algunas Constituciones europeas sí existe ese plazo, y está motivado generalmente, por la idea ya comentada anteriormente de que un texto constitucional conseguido tras batallas y polémicas políticas entre las diferentes fuerzas del país, necesita un período de asentamiento en la sociedad nacional, antes de que sea posible su reforma<sup>46</sup>.

Si en nuestra Constitución no existe tal límite puede deberse en nuestra opinión a que el legislador ha considerado suficiente defensa y protección del texto el procedimiento agravado y el sistema de reforma en general que recoge el Título X. Ahora bien, el sistema de dos procedimientos diferenciados ha suscitado diversas opiniones, concretamente el profesor Jiménez Campos estima que el constituyente ha llevado al texto una diversidad de preocupaciones de política constitucional, lo cual en virtud de una juridificación apresurada ha deparado un sistema de revisión constitucional excesivamente dificultado en su tramitación, y al tiempo sin contradicción, como escasamente protector de determinados conceptos ideológicos que la Constitución ha enfatizado, sin embargo en otros de sus preceptos<sup>47</sup>.

Para otros autores se trata de un texto "pétreo"<sup>48</sup>, sin que ello sea óbice para que puedan echarse en falta en la regulación,

determinadas cautelas y garantías que, con algún predicamento en el Derecho Comparado habrían salvado las ya inevitables contradicciones del texto: expresa prohibición de revisiones tácitas, (o materiales), inclusión de una cláusula de intagibilidad declarando irreformable un cierto "mínimo constitucional", etc.

Asimismo Lucas Verdú critica el procedimiento agravado de revisión, pues opina que nos encontramos no sólo ante una rigidez excesiva por lo diferenciado de títulos completos de la Constitución, sino lo que no es menos grave, ante un precepto que prácticamente bloquea la incorporación de "nuevas pretensiones jurídicas fundamentales surgidas del proceso económico, social, cultural y tecnológico"<sup>49</sup>.

Según nuestro parecer, resulta innegable que si el temor y desconfianza de los constituyentes ante fáciles impulsos de cambio y movimientos reformistas de la Constitución que pudieran afectar al sistema democrático pluralista, les inspiró el sistema de reforma del texto en su dimensión de defensa, también se justifican los temores o las dudas de los autores que opinan que dicho sistema de reforma es una limitación al mismo texto, y que se disminuyen las expectativas de cambio o transformación en determinada dirección que ciertos sectores sociales y políticos pudieran mantener.

En nuestra opinión, y siguiendo la línea argumental de nuestro trabajo que se centra en la efectividad y operatividad transformadora del mecanismo de reforma, dicha limitación puede

ser considerada según sean las circunstancias políticas futuras, como un freno en un proceso evolutivo progresista, o bien como una protección de un mínimo irrenunciable en un fenómeno de involución. Resulta evidente que la especial conformación del mecanismo de reforma constitucional español, se debe al carácter de texto de transición que tiene la Constitución, a las circunstancias políticas en que surgió y a la dificultad que implica fijar el sistema que suponga una puerta abierta al cambio, pero al mismo tiempo dificulte o haga imposible una transformación radical en aspectos fijados fundamentales.

No se puede olvidar que el fondo del problema de la reforma de un texto constitucional desde el punto de vista político, radica en la voluntad de cambiar reglas previamente acordadas y modificar los términos del pacto establecido entre las fuerzas políticas existentes en el momento constituyente, luego se explican razonablemente, temores, recelos y desconfianzas, ya de los que estiman que el texto constitucional es algo valioso, y duramente conseguido, ya de los que consideran que han sido defraudados y que la Constitución no responde a sus expectativas.

#### 4.2.- POSICIONES POLITICAS ACTUALES FRENTE A LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Si las Constituciones actuales expresan con más fortuna los esquemas del estado neocapitalista, se puede estimar que los grupos que defienden la operatividad de la reforma son tan defensores del "status quo" como los que niegan la necesidad de



cambiar la Constitución. Una Constitución que regule inteligentemente la revisión, tendrá más posibilidades de superar las críticas a sus fundamentos que la que no los utilice. Por tanto, cuando se rechaza la reforma siendo consciente de su faceta garantizadora, es porque se desea un cambio de ese status quo o de ese núcleo inalterable que defiende la revisión.

El defensismo consciente trata de no aparecer como inmovilismo. Crea la ilusión de cambio, pero al tiempo lo frena con múltiples modos. Se prefiere, como dice García Pelayo, la permanencia como forma, a la inmutabilidad del contenido, siempre claro está que ese contenido no sea el esencial<sup>17</sup>. En el campo opuesto, están los defensores de sistemas alternativos al proceso formal de reforma, generalmente encuadrados en el campo ideológico del socialismo democrático. Se pretende la superación del estado neocapitalista sin acudir a aventuras revolucionarias.

Algunos pensadores socialistas de la Europa Occidental abogan por obviar la reforma constitucional, y elegir otras vías (transformativismo, interpretación evolutiva, ingeniería constitucional<sup>18</sup>). Hay que tener en cuenta que esas mismas vías pueden servir para los neoconservadores de aquellos países con Constituciones de Estado social. Los defensores de la interpretación evolutiva, no configuran su tesis expresamente, como un sistema alternativo a la reforma constitucional, pero es evidente que es así, y los detractores dicen que es cortina de humo ocultadora de la intención de reformar la Constitución cuando no se cuenta con fuerza para hacerlo por los métodos constitucionalizados. .

Lavagna es el representante del método interpretativo de evolución, y expone su tesis sobre cómo mediante la interpretación, existe la posibilidad de que la Constitución italiana permita una política socialista. Sostiene que las normas nacen en la interpretación, son un producto suyo, para la cual los juristas se convierten en una fuerza que carece del sustento social y suplantando las labores representativas del parlamento o la del propio pueblo como sujeto de la soberanía. Debido a las circunstancias políticas que en nuestro país se dieron de transición y profundo cambio político en el surgimiento de la Constitución vigente, la naturaleza y capacidad transformadora de las Constituciones en general y la específica de nuestro texto, ha sido muy debatida<sup>20</sup>.

En opinión de García Cotarelo, partiendo de la utilización de los mecanismos de reforma existentes, y siendo conscientes de que tales mecanismos no permiten cambiar la esencia de la Constitución, deberá producirse una evolución en nuestra concepción de la Constitución, que pase de ser un sistema cristizador, paralizador de la realidad, a: "...ser un instrumento dinámico, casi como un mecanismo, un centro motor del sistema que permite su utilización con fines de transformación social y económica"<sup>21</sup>. Se trata pues de que la Constitución actúe sobre la realidad social en donde se producen esos cambios, y los encauce y acelere. El primer paso ha de venir del sustrato social, y después, la superestructura constitucional consagraría ese paso y fomentaría los siguientes en esa dirección.

También el carácter dinámico de las Constituciones se destaca en el pensamiento de Tierno Galván, que sostiene un concepto antiformalista, no posibilista o unilateralmente normativista de las Constituciones<sup>20</sup>. Se ha producido una evolución desde el carácter tradicionalmente inmutable de los textos hasta las nuevas tendencias que analiza así:

"El criterio marxista ha tardado en imponerse, de tal modo que, la crítica de marxistas y marxólogos a los elementos históricos y normativos considerados inmutables y la defensa de la idea de la historia como proceso dialéctico, han coexistido con la mentalidad de perfección mantenida por los juristas y la mayoría de los ideólogos políticos"<sup>21</sup>. Luego se ha producido así durante el siglo pasado, una contradicción básica entre historicistas y marxistas por un lado, y juristas y teóricos del derecho constitucional por otro, quienes tendían a establecer sistemas inalterables en sustancia, aunque se pudieran transformar por el pueblo soberano<sup>22</sup>.

El propósito de Tierno Galván no estriba, precisa Lucas Verdú, en ofrecer un concepto concreto de Constitución, sino en subrayar su carácter dinámico... ya que para él, reformar una Constitución significa resaltar su carácter de perfecta, que implica la posibilidad de ser reformada<sup>23</sup>. Dinamicidad constitucional que se manifiesta en que considera necesario que las Constituciones contengan unas directrices indicadoras del fin hacia el que se orienta, "de forma que las normas constitucionales se vean condicionadas por unos cambios estructurales que ellas mismas determinan"<sup>24</sup>.

Algunas de las ideas de Tierno Galván sobre este tema, serán desarrolladas en Italia por Carlo Lavagna<sup>27</sup> y otros autores sobre la disponibilidad de la Constitución italiana, para sin salirse de su marco y espíritu, realizar el programa socialista. Se puede considerar que el pensamiento de Tierno Galván fue en cierta medida anticipado, al menos en nuestro país, y desde luego se sitúa en el marco del derecho constitucional occidental de carácter progresista. Pues expone ideas que anuncian el artículo 9.2 de nuestra Constitución, inspirado a su vez en el 3.2 de la Constitución italiana.

En el mismo sentido aboga J. De Esteban porque la Constitución acoja cláusulas que permitan, sin romper la legalidad constitucional, el avance a través de la consecución de ciertos objetivos, y propugna la utilización frecuente de los mecanismos de revisión de las Constituciones actuales, (no ya de la hipotética nueva Constitución transformadora), a pesar de las limitaciones y obstáculos de que van acompañados, pues así se evitarán saltos constituyentes en el vacío y fracturas revolucionarias peligrosas<sup>28</sup>. Junto a esto, incluye ideas similares a las de Tierno Galván sobre las posibilidades transformadoras de una Constitución, que se inspirará en esta concepción instrumental, citando como ejemplos las Constituciones de Weimar, española del 31, alemana y portuguesa.

A su vez, M. Contreras refiriéndose especialmente al modelo económico español y comprobando la "relativa ambigüedad" del texto, a pesar de aislar algunos mecanismos selectivos de exclusión de intereses anticapitalistas, aboga por un escaso uso

de los mecanismos de reforma previstos en la Constitución, y por la potenciación de las vías transformadoras que el texto acoge en algunos de sus artículos<sup>22</sup> (En los capítulos VII y VIII analizamos los artículos 3.2 y 9.2, considerados como palancas de transformación de la realidad italiana y española respectivamente).

Tras señalar las posiciones que atribuyen a la Constitución unas potencialidades que es difícil sostener que tenga por sí sola, en nuestra opinión, si se parte del sustrato social es preciso ganar la batalla en ese medio, y cuando se cuente ya con el apoyo social y se alcance la meta deseada, no parece lógico tener una Constitución transformadora, sino que se debe constituir la que responde a los deseos de la mayoría. Estas teorías de potencialidad transformadora se pueden aplicar a las Constituciones que tienen un contenido económico neocapitalista, pero difícilmente estos autores predicarían esta teoría de una Constitución que les resultase satisfactoria.

## 5. RECAPITULACIÓN

Finalizado el estudio de la figura jurídica de la Reforma constitucional, la reflexión sobre cada uno de los aspectos que hemos tratado, nos permite recapitular el contenido del modo siguiente:

Lo que destaca en la consideración actual de la Reforma constitucional, es la aceptación de la Constitución como

auténtica norma jurídica, de la que se admite que no siempre regula todos los aspectos políticos, económicos y sociales de la realidad, y que a veces la regulación que contiene, posee sentido general y una redacción poco precisa, lo que permite que sea la interpretación la que fije el alcance exacto.

Y aparece así evidente la conexión del tema de la Reforma con la afirmación de la Constitución como norma jurídica, y con la institucionalización de los Tribunales Constitucionales, garantes máximos de la juridicidad y supremacía de la Constitución, ya que el Tribunal Constitucional, intérprete supremo de la Constitución, mediante su jurisprudencia, contribuye a la adecuación de la Constitución a la realidad cambiante, produciéndose también en el texto una evolución y una transformación.

Ahora bien, esta transformación tiene límites, concretamente el propio texto, y cuando mediante la interpretación no es posible mantener la congruencia entre la nueva realidad que demanda el cambio y el texto, el instrumento jurídico de la reforma constitucional es el cauce definitivo para establecer la aproximación entre la norma constitucional y la realidad que evoluciona.

Nos parece pues fundamental, destacar tres aspectos en la naturaleza de la reforma:

- 1) Como instrumento jurídico de transformación del texto, en el proceso de adecuación de éste a la realidad.

2) Como garantía del contenido constitucional mediante el establecimiento de dificultades procedimentales.

3) Como mecanismo de defensa de la Constitución, ya que en el fondo de la reforma, siguiendo la teoría de Pedro De Vega es reconocible el móvil de defender la supervivencia del texto.

Ahora bien, este último aspecto no impide que estimemos que el mecanismo de reforma no sirve para evitar la quiebra del texto en algunas ocasiones, ya que no tiene efectos de defensa tan definitivos. La reforma aparece como garantía del texto constitucional e instrumento de adecuación. Pero aún reconociendo la función de aproximación a la realidad que desempeña la interpretación constitucional, en la polémica que mantienen los detractores de la reforma como instrumento de transformación, entre los que opinan que la interpretación evolutiva es el sistema adecuado de mantener la conexión realidad-Constitución, y los que destacan las potencialidades transformadoras de algunas Constituciones como la española e italiana vigentes, opinamos que se debe utilizar el procedimiento de reforma legalmente establecido como sistema más directo y eficaz de transformación, y como instrumento realizador de la intencionalidad que se afirma que se contiene en los textos. Y de esta forma acceder a la situación en que la Constitución que se logre responda a lo que una mayoría desea y precisa.

Otro aspecto a destacar del mecanismo de reforma constitucional, tras el análisis realizado, es su función en las Constituciones modernas con amplio contenido social y económico,

que exige una especial protección pues no se acepta que pueda sufrir un deterioro o un retroceso. Dicha protección se traduce en que se acentúa la función garantista de la reforma constitucional y se extrema la rigidez del texto. Mediante un procedimiento agravado de reforma, se produce una hiperprotección del área constitucional que se determina previamente. Al igual ocurre con los textos que surgidos en circunstancias traumáticas o difíciles, que utilizan procedimientos de reforma que presentan grandes dificultades para su utilización con el fin de fijar y defender determinados artículos o títulos enteros, de contenido político fundamental, lo que puede entenderse también como una limitación o un lastre para las posibilidades de transformación que encierra el mecanismo de reforma al no poder llegar a utilizarse.

Estas consideraciones las podemos referir al sistema de reforma español, que es producto de las circunstancias históricas en que el texto surge. Refleja la honda preocupación de los constituyentes por la viabilidad y permanencia del texto, por lo que se trata de acentuar la faceta de garantía y defensa de su esencia mediante un procedimiento agravado, ya que por otro lado la ambigüedad de determinado articulado de contenido económico, revela la existencia de un ámbito que implica cierta flexibilidad de actuación. Como veremos en el Tema VIII, en verdad hay que considerar las potencialidades transformadoras del modelo económico español, y con ello la capacidad transformadora de la realidad de todo el texto, pero el instrumento jurídico de reforma tiene una proyección más concreta en la relación permanente entre Constitución y realidad.



Pero aun siendo así no se puede afirmar que haya sido suficiente el que los textos actuales lo incluyan para que se haya producido una identificación en general entre las Constituciones y las realidad que enmarcan. Este es un proceso inacabado que no se ha resuelto mediante la figura de la reforma, sino que aún necesita una mayor elaboración e instrumentalización. Por todo ello será necesario recurrir a otros mecanismos, y técnicas para activar que los textos se correspondan cada vez más con la realidad, como veremos en los próximos temas dedicados a la actividad judicial y su potenciación e incidencia transformadora de la realidad, a la nueva Constitución económica y la eficacia de los derechos socioeconómicos, a la proyección privada de las normas constitucionales, y al nuevo tipo de artículos que los textos modernos incluyen, por ejemplo la Constitución italiana de 1947 y la española de 1978, como instrumentos jurídicos de transformación social, política y económica. Todo ello será ampliamente desarrollado a lo largo de este trabajo.

Y por último, no se nos oculta el grave riesgo de politización que puede existir en ciertos sistemas políticos débilmente democráticos en el planteamiento de la reforma constitucional, pero en tanto que garantía de la Constitución, como instrumento regulado y normativizado, el que se recurra a dicho mecanismo de cambio sin que sea utilizado como arma arrojadiza entre fuerzas políticas, es una prueba incontestable del alto nivel democrático del sistema político de que se trate.

## 6. NOTAS

- 1) Cf. K. Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Ed. Ariel, Barcelona, 1970, pág. 165.
- 2) Cf. E. Alvarez Conde, *El régimen político español*, Tecnos, Madrid, 1983, pág. 87.
- 3) *Ibid.*, pág. 88.
- 4) Frente a la idea de la inmutabilidad, se contraponen la idea del cambio. Porque las Constituciones necesitan adaptarse a la realidad que evoluciona constantemente, su modificación resulta inexorable. Ya Sieyès en 1789 mantiene que la Constitución podrá reformarse, y que, "además es conveniente determinar épocas fijas en que tendrá lugar dicha revisión".
- 5) Cf. J.J. Rousseau, *El Contrato Social*, Trad. de C. Berges, e Introducción de A. Rodríguez Huescar, Ed. Aguilar, Madrid, 1973, pág. 221.
- 6) Sobre el derecho de los pueblos a reformar su Constitución, véase: T. Paine, *Los derechos del hombre*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1959. El artículo 28 de la Constitución francesa de 1793 establece: "Un pueblo tiene siempre el derecho a revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no pueda someter a sus leyes a las futuras generaciones". Idéntica a las afirmaciones de Jefferson y Paine, es la que mantendría Gambetta en un Discurso de 1870. *Discours et plaidoyers choisis de Léon Gambetta*, Ed. Nouvelle, París, 1889, pág. 40.
- 7) Cf. G. Jellinek, *Grenzen der Verfassungsgesetzgebung*, J.C.B. Mohr, Berlín, 1956, pág. 185.
- 8) Cf. P. Biscaretti di Ruffia, *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1975, pág. 314.
- 9) *Ibid.*, pág. 344.
- 10) Sobre el influjo del Tribunal Supremo de los Estados Unidos al modificar mediante la interpretación el texto constitucional véase: R. Berger, *Gouvernement by Judiciary. The transformation of the Fourteenth Amendment*, University Press, Cambridge Massachusetts,

1977. Una ampliación del tema se encuentra en el Capítulo V, Jueces y Constitución.

- 11) La obra clásica sobre el tema Usages, es la de H.V. Horwill, *The Usages of the American Constitution*, University Press, Oxford, 1915. Es P. Biscaretti, quien establece las diferencias entre "usages" y "conventions". Cf. Wheare, *The State of Westminster and Dominion*, Oxford University Press, Oxford, 1953, págs. 10-11. La analogía y las diferencias también las trata, Hsu Dau-Lin, *Die Verfassungswandlung*, Walter de Gruyter, Co. Berlín und Leipzig, 1933, pág. 133.
- 12) Las "Conventions" típicas del ordenamiento inglés y de algunos ordenamientos ligados históricamente a éste, son fuentes que se consideran vinculantes pero productoras de normas no tutelables ante los jueces del Estado. En realidad, opina G. De Vergottini, *Derecho Constitucional Comparado*, Espasa Calpe, Madrid, 1983, pág. 179, las "Conventions" cubren una amplia área que comprende institutos que según nuestra posición serían auténticas costumbres (efectivamente se trata de "usos" que se considera taxativamente obligatorios en cuanto partes integrantes de la Constitución o de la forma de gobierno, y por tanto "constitucionales" pero no legales), así como simples convenciones o normas de corrección. Por consiguiente no deben confundirse las nociones inglesa e italiana de "convención".
- 13) Referido a las convenciones y las normas de corrección constitucional, Cf. S. Romano, *Diritto e correttezza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1909, y también en "Scritti minori", I, Milano, 1950, pág. 2171 y ss.; idem *Principios di diritti costituzionali generali*, 2ª, Ed. Giuffrè, Milano, 1947, pág. 92 y ss.; P. Biscaretti, *Le norme della correttezza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1939. V. Falzone, *La prassi nell'ordinamento costituzionale repubblicano*, en Studi sulla costituzione, II, Milano, 1958, pág. 443 y ss. G. Treves, *Convenzioni costituzionale*, Ed. D.X. Milano, 1982, respectivamente, pág. 524 y ss. y 1716 Rescigno, *Le convenzioni costituzionale*, Padova, 1972. A. Reposo, *Le regole di correttezza costituzionale nelle sitema della fonti fatto*, en Scritti Mortati, I, Milano, 1977, pág. 257 y ss.
- 14) Que la ausencia de un procedimiento de revisión implica la posibilidad de reforma de la Constitución por una ley ordinaria, es la tesis que, aparte de deducirse de

los planteamientos de Thiers y Guizot, se ve apoyada por la generalidad de la doctrina. Cf. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, 2 Vols., Paris, 1920 y 1922, pág. 1213. Y A. Esmein, *Elements de droit...*, 1929, pág. 547. En contra opina Barthelemy en, "La distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires sous la monarchie de Juillet", en *Revue de Droit Public*, 1909, pág. 19 y ss.

- 15) Cf. A. Posada, *Derecho Político*, II, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1923, pág. 116.
- 16) *Ibid.*, pág. 121.
- 17) Un procedimiento aparentemente rígido puede, en algunos casos, resultar muy flexible, cuando existe un partido único disciplinado (URSS), que asegure la mayoría necesaria. El uso frecuente del referéndum constitucional (Suiza), conduce a una Constitución relativamente flexible. Es menester comparar los textos constitucionales con las situaciones políticas del momento.
- 18) Cf. Carl Schmitt, *La defensa de la Constitución*, Ed. Labor, Barcelona, 1931, pág. 9.
- 19) Hemos tratado sobre Constituciones revolucionarias en el tema I, epígrafe 1.4.
- 20) *Ibid.*, pág. 27.
- 21) *Ibid.*, pág. 29.
- 22) Véase: B. Constant, *Della libertà degli Antichi comparata a quelle dei Moderni* (Trad. italiana), Atlántica, Roma, 1945.
- 23) Cf. P. Lucas Verdú, *Curso de Derecho Político*, IV, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 815.
- 24) Vid. C. Schmitt, op. cit., pág. 190.
- 25) Sobre la conformación de la realidad por la norma constitucional véase: Herbert Krüger, "Verfassung" en *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, Vol. II, Gustavo Fischer, Stuttgart, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, Vandenhoeck, Ruprecht, Göttingen, 1961, págs. 74-75.

- 26) Véase la bibliografía general citada en la nota 107 del Capítulo I. También guarda relación la citada en la nota 15 del Capítulo II.
- 27) Respecto a la II República Francesa y Napoleón III, véase: E. Lavisse, *Histoire de la France contemporaine depuis la Revolution jusqu'a la paix de 1919*, 10 Vols., Paris, 1920-22. CH. Seignobos, *Histoire politique de l'Europe contemporaine*, (7ª ed. 2 Vols.), Soufflot, Paris, 1924-26. P. Henry, *Napoleón III et les peuples*, Clermont Ferrand, 1943.
- 28) Vid. Schmitt, op. cit., pág. 204.
- 29) Ibid., pág. 204.
- 30) Ibid., pág. 205.
- 31) Ibid., pág. 206.
- 32) Vid. Pablo Lucas Verdú, op. cit., pág. 270.
- 33) Sobre los factores y motivos que determinan las modificaciones tácitas de la Constitución, véase: la obra clásica de K. Loewenstein, *Erscheinungsformen der Verfassungsänderung*, Verlag Von J.C.B. Mohr, Tübingen, 1935.
- 34) Basta revisar las posiciones de autores como: De Vega, Jiménez Campos, Lucas Verdú, Alzaga, Fernández Carvajal, Loewenstein, Biscaretti, Vergottini, Romano, Berman, Carré de Malberg...
- 35) Pues determinadas fuerzas políticas consideran que la reforma constitucional puede ser instrumento que imprime un cambio decisivo para sus aspiraciones, y que las haga más factibles.
- 36) Hay ejemplos de Constituciones en las que se niega totalmente la posibilidad de la reforma como el texto de Bélgica de 1830, y otros que ni la mencionan como la española de 1875.
- 37) La realidad y la historia imponen sus criterios, y generalmente por ello no se pretende que los textos sean irreformables, aunque por ejemplo, las leyes Fundamentales españolas sí tenían esa pretensión.

- 38) Sobre la aparición de nuevos derechos económicos y sociales en las Constituciones de Weimar y Mexicana de 1917, tratamos en el Capítulo IV, *Constituciones y realidad económica*, epígrafes 3 y 4.
- 39) La rigidez de las Constituciones actuales entre otros motivos se debe al afán de garantizar el contenido social y económico de las Constituciones modernas. No se concibe que pueda haber un retroceso en el status conseguido a lo largo de dos siglos de Constitucionalismo, por ello se trata de fijar y asegurar las mejoras tan difícilmente logradas.
- 40) Hemos comentado la evolución de los textos constitucionales y de su contenido, en Temas I y II, especialmente la evolución de los Derechos Fundamentales.
- 41) Véase: P. Lucas Verdú, *La octava Ley Fundamental*, Ed. Tecnos, Madrid, 1976, pág. 63.
- 42) Sólo el proceso constituyente, escribe Lucas Verdú, que es "sui generis" y "singular", ya que se ha querido hacer la transición del régimen franquista a la democracia liberal arrancando desde la legalidad franquista, mediante el trámite de la octava Ley Fundamental, la Ley para la Reforma Política, *Curso de Derecho Político*, Vol. IV, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 27.
- 43) Cf. Oscar Alzaga, *La Constitución española de 1978*, Comentario sistemático, Ediciones del Foro, Madrid, 1978, pág. 968.
- 44) Cf. P. de Vega, "La reforma constitucional", en *Estudio sobre el Anteproyecto de la Constitución*, Ed. C.E.C., Madrid, 1978, pág. 125.
- 45) Numerosos autores han juzgado el sistema de reforma español. Véase: P. Lucas Verdú, op. cit., O. Alzaga, *La Constitución española de 1978*, Comentario sistemático, E. del Foro, Madrid, 1978. M. Contreras, "*La reforma de la Constitución*", Ed. del Foro, en *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, ed. preparada por X. Ramírez, Fac. de Derecho de Zaragoza, Zaragoza, 1979. J. Jiménez Campos, "*El Título X de la Constitución*", en *Revista del Departamento de Derecho Político, UNED*, nº 7, otoño, 1980. R. Álvarez Conde, *El régimen político español*, Ed. Tecnos, Madrid, 1983. P. de Vega, "*La*

*Reforma constitucional*", en Estudio sobre el Anteproyecto de la Constitución", Ed. CEC, Madrid, 1978. J. de Esteban, *El régimen constitucional español*, Labor Universitaria, Barcelona, 1980.

- 46) Pero en la realidad más reciente, en algunos nuevos textos de países que acceden al constitucionalismo, no siempre es así.
- 47) Cf. J. Jiménez Campos, "Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución", en *Revista del Departamento de Derecho Político*, Facultad de Derecho, n° 7, otoño, 1980, pág. 86.
- 48) Vid. Pedro de Vega, op. cit., pág. 52.
- 49) Vid. Pablo Lucas Verdú, op. cit. pág. 445.
- 50) Cf. Carlo Lavagna, *Lezioni di diritto costituzionale*, Libreria Scientifica Giordano Pellegrini, Pisa, 1956, pág. 102.
- 51) Cf. R. García Cotarelo, *Del Estado del Bienestar al Estado del malestar*, CEC, Madrid, 1986, pág. 77.
- 52) Cf. Enrique Tierno Galván, *Especificidad de un Derecho Constitucional, para un Estado de Transición*, Revista de Estudios Políticos, nº 27, Madrid, 1975, pág. 5.
- 53) *Ibid.*, pág. 6.
- 54) *Ibid.*, pág. 7.
- 55) Vid. Pablo Lucas Verdú, "La teoría constitucional del profesor Tierno Galván", Revista Sistema, nº 71-72, Junio, 1986, pág. 54.
- 56) *Ibid.*, pág. 55.
- 57) Vid. Carlo Lavagna, op. cit., pág. 112.
- 58) Cf. J. de Esteban y López Guerra, *El régimen español*, Labor universitaria, Barcelona, 1984, pág. 316.
- 59) Vid. Manuel Contreras, op. cit., pág. 120.

#### IV. LAS CONSTITUCIONES Y LA REALIDAD ECONOMICA



## INTRODUCCION

El objetivo de este capítulo se centra en demostrar la importancia de los factores económicos como determinantes de los textos constitucionales, en los que influyen fundamentalmente, ya que la realidad económica ejerce una presión transformadora sobre la realidad política y sobre los ordenamientos que la regulan. En nuestros días, la relevancia de los factores económicos en relación con el mundo político es evidente y no representa tema de discusión, pero no siempre los textos constitucionales incorporaron y reconocieron estos factores, así como los nuevos derechos económicos y sociales. El constitucionalismo clásico del Estado liberal quiso mantenerse al margen de los aspectos económicos pero los movimientos sociales de principios de siglo, la Primera Guerra Mundial, sus consecuencias económicas, y la crisis de 1929, con la fuerza que tiene la realidad para modificar los textos, produjeron un nuevo contenido en las Constituciones.

Ya en fechas anteriores a 1929 y en los casos concretos de las Constituciones de México de 1917 y de Weimar de 1919, se había incluido una serie de derechos y obligaciones sociales que constituyen lo que se ha llamado "constitución económica", que resulta completamente nueva frente al contenido de las Constituciones del Estado Liberal.

Esta "Constitución económica", su aparición, su naturaleza, y los casos más representativos, constituye el tema central de este

Capítulo, y resulta una prueba evidente de cómo las circunstancias económicas determinan los textos constitucionales, los cuales a la vez que normativizan y regulan la actividad económica, producen modificaciones y transformaciones en dicho ámbito, formando así un todo complejo, el de los sistemas políticos constitucionales en los que la Constitución, como condensación de las normas de convivencia ha de afectar a la totalidad de las relaciones sociales. Con este Capítulo se verá qué lejos quedan los postulados del liberalismo clásico, de restringir la función de la actividad estatal al ámbito de lo público; sobre todo a medida que las Constituciones se hacen más realistas y eficaces. Por supuesto, esta especie de expansionismo constitucional en ámbitos tradicionalmente privados plantea problemas en otros órdenes. Pero de ello nos ocuparemos en otros capítulos.

## 1. CIRCUNSTANCIAS ECONOMICAS DEL PERIODO ENTRE LAS GUERRAS MUNDIALES

### 1.1.- INTRODUCCION

En el período comprendido entre las dos guerras mundiales debido a la creciente especialización y división del trabajo, a la nueva tecnología, la homologación de productos, y sobre todo a la "racionalización de la producción", ésta aumenta en todos los ámbitos. Se eliminan empresas antieconómicas, y se aplica nueva maquinaria, lográndose un gran aumento de la producción agrícola.

La expansión industrial y la recuperación económica fueron notables después de la Primera Guerra Mundial, pero lo más importante económicamente en el período de entreguerras, fue la depresión económica de 1929, que en cierta medida estuvo motivada por las secuelas económicas de la Primera Guerra Mundial. Las alteraciones económicas durante el decenio de 1920-30, fueron radicales y de graves consecuencias. J.M. Keynes<sup>1</sup>, ante la crítica situación económica mundial se define principalmente en tres problemas: 1) reducción de las deudas de guerra, 2) oposición a la tendencia deflacionista en Inglaterra, y 3) oposición al patrón oro. En su opinión, el enorme volumen de las deudas de guerra es una amenaza para la estabilidad en todos los países. Como remedio, en su obra *Economic consequences of the Peace*, sugiere que las reparaciones en metálico se reduzcan a una cifra baja (10.000 millones de dólares), y que las deudas de guerra interaliadas y los intereses de las mismas fuesen canceladas<sup>2</sup>.

Keynes opina que las reparaciones y deudas de guerra entre las naciones, no podrían ni deberían ser pagadas en cualquier circunstancia que existieran y, que era mejor reconocer esto por adelantado que sufrir una inestabilidad política y económica para obtener al final el mismo resultado, o sea, la falta de pago y una cancelación "de facto" de las deudas. Las transacciones financieras artificiosas que surgieron de las deudas y reparaciones de guerra, predijo Keynes ya en 1920, reaccionarían desfavorablemente sobre la prosperidad de la industria. En 1930, vio verificadas sus predicciones relativas a las deudas de guerra, y en su opinión, todo ello junto con el patrón oro

internacional (posterior a 1925), fueron responsables de que en Gran Bretaña no bajasen los tipos de interés hasta un nivel compatible con el empleo total<sup>2</sup>.

Sin proceder a un análisis económico profundo que nos alejaría de nuestro objetivo en esta tesis, resulta evidente que todo lo referente a las consecuencias económicas de la Primera Guerra Mundial forma parte del marco económico que hizo posible que se produjese la "gran depresión" de la década de los años treinta.

#### 1.2.- DEPRESION ECONOMICA DE LOS AÑOS 30 Y SUS CONSECUENCIAS

Si bien es sabido que la gran depresión de los años 30 tuvo su origen inmediato en el colapso de la Bolsa de Nueva York el 29 de octubre de 1929, en opinión de Ramón Tamames, no existe consenso entre economistas e historiadores sobre cuáles fueron los principales desencadenantes, ni hay unanimidad a la hora de juzgar el efecto que tuvieron las medidas de política económica que se adoptaron en cada momento<sup>3</sup>.

Para algunos autores resulta evidente que la Gran Depresión fue esencialmente un error proteccionista, alimentado por un escenario económico internacional con problemas de deuda e inestabilidad en los cambios. Galbraith, en su obra *El Gran Crac*, afirma que estamos muy lejos de saber con exactitud las causas de la Gran Depresión. Y ninguna de las explicaciones sobre procesos cíclicos de prosperidad y depresión le parecen dignos de ser

considerados\*. Establece que se puede afirmar que desde luego en 1929, el funcionamiento de la economía era incorrecto. Y señala al menos 5 causas o puntos débiles del sistema económico:

- 12) La pésima distribución de la renta.
- 22) La muy deficiente estructura de las sociedades anónimas.
- 32) La pésima estructura bancaria.
- 42) La dudosa situación de la balanza de pagos.
- 52) Los pobres conocimientos de economía de la época.

Realmente la opinión más generalizada sobre la crisis de 1929, es que la economía entró en una fase depresiva ese año, afectando a los sectores de ferrocarriles, construcción, producción de acero, etc., culminando con la caída de la Bolsa.

Thomas Wilson afirma que el hundimiento de mercado, "reflejó, en líneas generales, el cambio ya operado y patente en la situación industrial"\*. Desde este punto de vista, afirma Galbraith que el mercado de valores no es otra cosa que un espejo en el cual se representa una imagen de la subyacente o fundamental y básica situación económica. Y si el sistema económico es causa, el mercado de valores es efecto, y nunca al revés\*. Realmente en la explicación de los acontecimientos de 1929 también hay que contar con el auge del papel especulativo y la consiguiente depresión. Pues la recesión de la actividad económica hasta septiembre u octubre de 1929 había sido muy ligera y en 1927 también hubo un movimiento deflacionista, que se logró corregir.

Como dice Galbraith, la depresión no se produjo, como algunos han sugerido, porque el mercado se diera cuenta de repente de que se avecinaba una grave crisis. Cuando el mercado comenzó a contraerse no se podía prever una depresión, fuese ésta grave o leve. La pérdida de confianza no surgió de repente; durante semanas hubo signos de inestabilidad, y síntomas de recuperación. El 20 de octubre los periódicos coincidían en que lo peor había pasado y que en el mercado se iba a producir un "sostén organizado". Pero aun así, el pánico cundió el jueves 24, y en los días sucesivos aún se agravó la situación.

Lo más característico de la depresión de 1929, es que si bien en otras fechas se habían producido crisis parecidas, pero que concluían, la de 1929 empeoraba continuamente; hacia el 28 de octubre la crisis entró en su máximo grado y el 29 de octubre, como ya es sabido, fue el día más devastador en la historia de la Bolsa de Nueva York.

En los meses y años siguientes al "crac" del mercado de valores, los consejos y medidas que se tomaron, no hicieron sino empeorar las cosas. En noviembre de 1929, Hoover anunció una reducción de los impuestos y se recomendó a los empresarios mantener el nivel de sus inversiones de capital y salarios. Estas medidas pretendían aumentar la renta disponible aunque desgraciadamente quedaron sin efecto apreciable. Los dos partidos coincidieron en la necesidad de equilibrar el presupuesto, pero tal fórmula implicaba limitación de gastos públicos, no más reducción de impuestos, y realmente desde 1930 en adelante, no se puede decir que el presupuesto fuera equilibrado.

En resumen, Galbraith concluye que, si la economía hubiese sido "fundamentalmente firme y sólida" en 1929, los efectos del Gran Crac de la Bolsa habrían sido pequeños y se hubieran podido superar; pero la actividad económica no era firme ni sólida: por el contrario, era extraordinariamente frágil y vulnerable<sup>10</sup>.

### 1.3.- SITUACION TRAS LA DEPRESION DE 1930

Ante tal catástrofe económica, pronto los Estados del Área occidental adoptaron la posición de que la intervención política en los asuntos económicos era imprescindible, de que eran responsables del bienestar de sus ciudadanos, lo cual, es el principio básico del "estado próspero" y de que debían, por todos los medios a su alcance, volver sus respectivas economías a sus cauces normales. Hasta qué grado debían los Estados intervenir en la vida económica y con qué medidas eran las cuestiones que se planteaban en torno a 1930.

Ciertamente había diferentes opiniones, según las tendencias políticas del sistema de que se trate. Como comenta Cloug, los comunistas y algunos socialistas creían que el sistema de capitalismo privado se había sobrepasado y excedido en su misión y que era preciso sustituirlo por un sistema en que el Estado se hiciese cargo de los medios de producción y distribución y los administrase con miras al bienestar de todos. Los fascistas sostuvieron que los intereses del Estado se hallan por encima de los individuales, que la política económica debía ser formulada por los representantes de los grupos de intereses -patrones,

empleados y delegados del Estado- y organizada para cada industria, y que si bien debían subsistir las instituciones de la propiedad privada, el Estado tenía que ayudarlas, vigilarlas, o incautarse de ellas, según los casos, con objeto de aumentar su potencia económica y militar. Finalmente, hubo los que creyeron que la situación económica podría salvarse sin cambios estructurales, pero sí con la ayuda temporal de los gobiernos a las empresas privadas, especialmente por medio de préstamos, disminuciones tributarias y limitación de productos destinados al mercado''.

Durante la depresión del decenio de 1930, el Gobierno conservador de Gran Bretaña rechazó la teoría económica del gasto público, mientras que el programa New Deal, en los Estados Unidos adoptó las ideas económicas generales de Keynes, que ya en el período anterior habían experimentado profundos cambios. El pensamiento económico de Keynes fue evolucionando de 1920 a 1930, ya que modificó su posición respecto a la relación del proteccionismo y el paro. Tal evolución, fue una de las más decisivas de su pensamiento, porque el libre cambio era una de las piezas angulares de la economía clásica, y su rechazo estaba en contradicción directa con la posición que Keynes había adoptado anteriormente''<sup>2</sup>.

Por ejemplo, en 1923 escribe que la pretensión de remediar el paro implica la falacia del proteccionismo en su forma más grosera y más cruda, pero en su *Teoría General* en 1936, Keynes repudia explícitamente su anterior posición y sostiene que el proteccionismo puede constituir una ayuda para el empleo



nacional"<sup>12</sup>, Keynes no llegó a ser nunca verdadero defensor del proteccionismo, pero en ocasiones como la crisis de 1931, cuando no parecía haber esperanzas para una cooperación económica internacional, consideró las tarifas aduaneras como un mal menor que el paro. Su actitud crítica frente al libre cambio no era sino una ilustración específica de la transformación que había tenido lugar en su pensamiento.

En opinión de Dillard, el propósito principal de Keynes puede calificarse de intento de afianzar el liberalismo político con un nuevo programa económico, y de fortificar este programa económico con una nueva economía política"<sup>14</sup>. Keynes es el primer economista británico que rechaza explícitamente el "laissez-faire", pero el espíritu del individualismo impregna aún su pensamiento con tanta intensidad como el de los economistas británicos del siglo XIX. Acerca de la participación del Estado en la vida económica escribe dicho autor: "La defiende ... tanto por ser el único medio practicable para evitar la destrucción total de las formas económicas existentes, como por ser condición para el funcionamiento afortunado de la iniciativa individual"<sup>15</sup>.

Considera que, por faltar a la economía de propiedad privada la armonía preestablecida, son necesarias las intervenciones sociales, a fin de evitar que se entregue el sistema a su destrucción.

Keynes, en su crítica al "status quo" postula un programa de reforma social; pero no es un revolucionario, considera la ejecución de su programa dentro del marco del orden social

existente, y en su obra no se argumenta en favor de una reconstrucción total de la sociedad económica sobre las líneas socialistas. Al mismo tiempo, sin embargo, las transformaciones explícitas e implícitas que se exigen no son reducidas, sino que son rigurosamente liberales, y por encima de todo, tienden a una conservación de los derechos civiles y las libertades, y a la creación de un medio ambiente económico que permita a los individuos desarrollar sus plenas potencialidades.

El primer requisito previo para una sociedad mejor es la abolición del paro. El segundo, es una distribución más equitativa y menos arbitraria de la riqueza y la renta. Las propuestas más importantes del programa de Keynes para el aumento del empleo son las siguientes:

1º) Imposición progresiva para elevar la proyección al consumo de la comunidad;

2º) Inversión pública e intervención pública de la inversión privada para compensar y reducir la magnitud de las fluctuaciones de la eficacia marginal de la inversión privada; y

3º) Una autoridad fuerte para regular la oferta del dinero y disminuir el tipo de interés<sup>16</sup>.

También las ideas de Keynes relativas al gasto público durante la década de 1929 a 1939 evolucionaron fundamentalmente. En 1933 creía que inyecciones temporales de gasto estatal pondrían en movimiento las ruedas de la empresa privada; y que

pasado un tiempo, esta actividad económica no necesitaría ayuda estatal. Pero en 1935, cuando escribe su *General Theory...* ya había abandonado esta tesis, y había reforzado su creencia en el multiplicador por la experiencia del principio del decenio de 1930'7.

Aunque la *General Theory...* contiene numerosas referencias a la socialización de la inversión, este concepto no se encuentra elaborado en ninguna parte. Keynes defendió, primeramente, la inversión pública como una medida de recuperación en la campaña electoral británica de 1929, y durante el decenio de 1930 se convirtió en la autoridad científica rectora de este tipo de política de gasto.

Prácticamente a nivel mundial, se generalizó una considerable agitación en demanda de reformas sociales y económicas, en el sentido de socialismo de Estado, o de régimen autoritario, y se adoptaron muchas directrices que se desviaban notablemente de la teoría y la práctica política y económica de inspiración liberal. Tras la Primera Guerra Mundial, hubo un período en que las nuevas mejoras (jornada de 8 horas, reconocimiento de sindicatos, aumento de salarios, seguro de desempleo), parecían la realización de la justicia y democracia social, pero la crisis de 1930 y sus consecuencias fueron claras y desalentadoras.

Sobre ello opina Abendroth: "La crisis de 1930 acabó definitivamente con la idea de un automatismo para la implantación de una justicia social bajo unas condiciones capitalistas desarrolladas, y confirmó una vez más la tendencia

del capitalismo -ya diagnosticada por Marx- a establecer unos desequilibrios sociales que se producen necesariamente si las organizaciones de las clases inferiores no se deciden a darles la batalla".

Todas las diversas medidas que se tomaron para hacer frente a la depresión llevaron consigo cierto grado de planificación económica y evidenciaron la necesidad de establecer "planes" si los Estados tenían que continuar interviniendo tan intensamente en sus economías. Esta planificación económica había recibido un gran impulso en la Rusia soviética, donde varios planes quinquenales sucesivos determinaron un progreso económico excepcional (El 1º plan de la URSS, es de 1928). La planificación se había impuesto también ampliamente tanto en la Italia fascista como en la Alemania nazi, donde la teoría era inherente al sistema corporativo del Estado.

Cuando la guerra acaba, la comprobación del relativo descenso económico de la Europa Occidental y de la inmensidad del área de reconstrucción movió a la mayoría de los Estados a lanzarse a una u otra forma de planificación económica. En algunos países, como por ejemplo el Reino Unido y Noruega, se nacionalizaron importantes sectores de la economía: de este modo el Estado en su condición de empresa, podía determinar las resoluciones que debían adoptarse para llegar a los fines deseados.

Incluso en muchos países como en Francia, donde siguió el sistema antiguo, se dio un paso hacia la planificación al crearse consejos asesores económicos. Estas instituciones representaban

al trabajo, al capital, a los consumidores y al Estado, y fueron creadas con el fin de arbitrar soluciones económicas nacionales y formular recomendaciones a las ramas legislativas y ejecutivas del gobierno. Así pues, el concepto de planificación económica, había quedado establecido antes de 1939, si bien no se convirtió en elemento clave hasta después de la Segunda Guerra Mundial.

Todos los gobiernos cooperaron al crecimiento económico por medio de préstamos directos, disposiciones tributarias y "ahorros forzados", y todos aceptaron el principio de que el bienestar del individuo es de responsabilidad fundamental del Estado, hasta el extremo de que algunos llegaron a conservar esta doctrina inscribiéndola en sus Constituciones.

Como vemos, la realidad económica, la depresión de 1930, la nueva función del Estado con su aspecto intervencionista, insertan en las Constituciones temas que antes no figuraban. Un ejemplo concreto de cómo las circunstancias económicas producen modificaciones en el texto constitucional es el caso de la Constitución canadiense, pues como escribe Wheare<sup>12</sup>, las necesidades de la depresión de 1930 condujeron a los canadienses a introducir una enmienda en su Constitución, la cual en 1940 añadió el "seguro contra el paro" a la lista de materias sobre las que el Parlamento de Canadá podía legislar. La depresión había creado ya una situación que obligaba al gobierno a tomar la iniciativa de planificar la vida económica del país, de conceder ayuda financiera a los gobiernos regionales, y a ejercer ampliamente los poderes que le otorgaba la Constitución. Pero estos poderes no fueron suficientes y por consiguiente, para

enfrentarse con toda clase de problemas que las depresiones económicas pudieran producir, era necesario modificar la misma Constitución con una enmienda formal. Este caso citado, es sólo un ejemplo del nuevo contenido que tienen los textos constitucionales a partir del período de entreguerras, contenido que ha sido objeto de estudio y controversia de juristas y economistas, y que ha recibido la denominación de "Constitución económica".

Como resumen referido a ese período económico, las palabras de Clough son de gran claridad:

"En el período comprendido entre las dos guerras, el Estado nacional se convirtió en un Leviatán económico, que dejó pequeño el monstruo político simulado por Hobbes en el siglo XVII. Trató de mantener relaciones armoniosas entre capital y trabajo; efectuó ahorros a base de tributos, préstamos y ampliaciones de créditos para reemplazar o suplementar los ahorros e inversiones privadas cuando éstas se consideraban insuficientes. Esforzóse por dirigir la distribución de las mercancías tanto en el comercio interior como en el exterior. Y avanzó hacia la planificación de toda la vida económica de sus súbditos"<sup>20</sup>.

Tal era el panorama económico del mundo occidental en vísperas de la segunda conflagración mundial. Y desde estas circunstancias, podemos afirmar que la presión de los factores y realidad económica produce en los textos constitucionales la aparición de lo que se llama "Constitución económica", de cuya

naturaleza, teorías, y casos más significativos trataremos en el siguiente apartado.

## 2. LA CONSTITUCION ECONOMICA

### 2.1.- DEFINICION

Es a partir de 1917, cuando los textos constitucionales incluyen artículos de nuevo contenido económico y social como consecuencia de la presión de nuevos factores económicos que se dan en la realidad.

Para Wheare una Constitución es la resultante de un paralelogramo de fuerzas, -políticas, económicas y sociales-, que actúan en el momento de su adopción<sup>21</sup>. En esta definición es interesante la referencia que hace a los factores económicos como componente activo, circunstancia que no siempre ha sido así.

Charles Beard en 1931 publica *An economic interpretation of the Constitution of the United States*, y sostiene que la Constitución estadounidense lejos de haber sido creada por todo el pueblo, fue obra de un grupo de población cuyos intereses económicos habían sufrido menoscabo con el sistema de gobierno en vigor con la Confederación de 1877 por lo que se dispusieron a fraguar una Constitución que protegiera esos intereses. En nuestra opinión, se puede afirmar que dicho autor, tuvo la certeza de cuán grande era la influencia de los factores económicos en la vida política y especialmente en los

ordenamientos de cada momento, viviendo en plena depresión económica de la época.

Así dice Beard: "La Constitución era esencialmente un documento económico basado en el concepto de que los fundamentales derechos de propiedad privada preceden al Estado y moralmente se hallan más allá del poder de las mayorías populares... Los miembros de la Convención de Filadelfia que redactaron la Constitución estaban, con pocas excepciones, directa y formalmente interesados en el establecimiento de un nuevo sistema del que obtendrían ventajas económicas"<sup>22</sup>.

La obra de Charles Beard produjo conmoción por lo tajante de sus afirmaciones. Pero, como dice Wheare: "Lo que puede aceptarse sin discusión es que los intereses económicos desempeñan un papel en el proceso de elaboración y adopción de la mayor parte de las Constituciones. Lo más difícil es determinar la potencia de esos intereses o fuerzas en relación con las demás"<sup>23</sup>.

Resulta evidente hoy en día que en todo Estado son fundamentales los factores económicos. Junto a una Constitución política que se puede considerar el estatuto jurídico básico del poder político o de las relaciones políticas entre el Estado y los ciudadanos, existe ahora una auténtica Constitución económica, en la que el Estado se ve cada vez más implicado en una clara función de gestor del desarrollo de la vida económica. Lo económico pasa a ser un concepto que, como el de lo jurídico o lo político, va a tomar una concreción específica en la vida de los Estados.



Los diferentes sistemas políticos abordan esa cuestión considerándola fundamental para su misma existencia, por cuanto la gestión económica será medio indispensable para procurar el bienestar de los ciudadanos, fin último de la colectividad. El poder político debe asumir la tarea de procurar el bienestar colectivo a través de la actuación económica. Ello, por cierto, será punto clave que diferenciará la concepción de dos mundos opuestos: el mundo de las democracias occidentales y el mundo de lo que hasta ahora eran las denominadas democracias populares. No cabe pensar que una forma de Estado pueda coexistir con cualquier sistema económico, pues por ejemplo, en una sociedad pluralista, caracterizada por un criterio político democrático, la Constitución económica reviste la mayor importancia. Se puede afirmar que los regímenes pluralistas democráticos son muy sensibles a la regulación económica, a diferencia de los sistemas autoritarios con poder político concentrado.

El establecimiento constitucional de los principios fundamentales de orden económico es un fenómeno reciente, en contraste con la arraigada tradición constitucional de que siempre han gozado las cuestiones fiscales, financieras y presupuestarias. Como señala García Cotarelo, después de la Segunda Guerra Mundial, se agudizó la conciencia de la necesidad de enfrentarse a las disfunciones del sistema económico, y en especial en los países que hicieron la guerra en el Eje, Alemania e Italia, las provisiones económicas tuvieron un alcance mayor en Constituciones de ruptura. En ellas se daba entrada a la figura de unas sociedades democráticas avanzadas en lo económico y en lo social (art. 3 y título III de la parte primera de la

Constitución italiana de 1947; artículo 15 de la Ley Fundamental de Bonn, sumamente explícito en la posibilidad de un proceso socializador). En nuestros días hemos asistido a la radicalización de estas tendencias. Es decir, ya no se trata solamente de poner remedio a unos factores disfuncionales en el sistema capitalista, sino que se trata de orientar la eficacia de la Constitución en el sentido de propiciar una transformación del régimen económico. Así, por ejemplo, el Preámbulo de la Constitución portuguesa del 2 de abril de 1976 declara la intención de legislador constituyente de "abrir la senda hacia una sociedad socialista"<sup>24</sup>.

La discusión en torno al grado constitucionalización del orden económico<sup>25</sup>, a la "Constitución económica", a las leyes económicas fundamentales, ha sido muy intensa en dos periodos recientes: en los años treinta, bajo la influencia de la grave crisis económica, provocada por la Gran Depresión, con los trabajos de Franz Böhm y de W. Eucken que comentaremos, y en los años cincuenta, con la amplia discusión económico-jurídica sobre la Constitución económica y el papel del Estado en la economía. Después, durante un largo periodo casi se olvida, hasta que a finales del sesenta vuelve a plantearse el tema como resultado de los intentos de modificar la política económica<sup>27</sup>.

Lojendio e Irure<sup>26</sup> ha recordado que la expresión "Constitución económica" tuvo origen en Alemania, donde ya en el año 1932, Beckerath<sup>27</sup> concebía la Constitución económica como "ordenación de la propiedad, del contrato, de trabajo, de la forma y extensión de la intervención del Estado, así como la

organización y la técnica de la producción y de la distribución. Tomada en este sentido, observa Lojendio<sup>20</sup>, la expresión "Constitución económica" provoca entonces cierta explicable resistencia por parte de los juristas de Derecho Público para los que era un concepto aberrante, o en cuanto pieza de la Constitución del Estado no pasaba de ser un supuesto básico ideal. En la actualidad, por Constitución económica se entiende el establecimiento jurídico de una ordenación económica determinada.

Según Torres del Moral, la Constitución económica puede ser definida como el marco jurídico fundamental de la estructura y funcionamiento de la actividad económica, o como el orden jurídico fundamental de los bienes, fuerzas o procesos económicos. Aunque la elaboración de dicho concepto y los estudios de Derecho Constitucional Económico son recientes, originándose con la instauración del Estado Social, en realidad, toda Constitución contuvo siempre una Constitución económica<sup>21</sup>.

Para los primeros textos liberales, ésta se reducía aparentemente a la garantía del derecho de propiedad y de las libertades de comercio e industria, si bien toda la Constitución política estaba en función de este reducido núcleo de preceptos, y la Administración nunca dejó de intervenir en la Economía, precisamente para potenciar el derecho de propiedad en un doble frente; la creación de infraestructura (obras públicas, ferrocarriles...) y la protección de la agricultura y de la industria frente al comercio internacional.

En contraposición, los textos de la segunda postguerra dedican al orden económico una parte muy extensa de su articulado y desde entonces para acá el fenómeno se ha incrementado. Se parte de la conciencia de que hoy la política es casi siempre política económica. Pero ese aumento de preceptos sobre materia económica se ha orientado a la relativización de las garantías del derecho de propiedad y de aquellas libertades económicas antes citadas, mientras se pasa a proteger, incluso más internamente, otros derechos dialécticamente enfrentados a aquéllos, como el de huelga, y se habilita a los poderes públicos para intervenir y regular lo que antes se dejaba a solo mecanismo del mercado.

En opinión de García Pelayo, el hecho de que el Estado haya asumido dentro de sus potestades las de índole económica ha pasado a ser uno de los derechos mayestáticos constitutivos de la soberanía de nuestro tiempo. La soberanía económica del Estado aparece como condición imprescindible para que éste pueda cumplir dos funciones que le son esenciales: conservarse a sí mismo, y asegurar la existencia, el orden y el bienestar de la sociedad que lo sustenta<sup>22</sup>. Por eso, la potestad económica es una condición para la existencia del Estado de nuestro tiempo, del mismo modo que en otras épocas la constituyó, por ejemplo, la potestad sobre la religión del país y de los súbditos<sup>23</sup>.

El concepto de "Constitución económica" se ha desarrollado por ciencias sociales presentando muy variadas acapciones y contenidos. Se pueden señalar dos grandes áreas: "La Constitución económica" propiamente dicha, es decir la determinación dentro de

la Constitución y fuera de la misma, en los correspondientes marcos legislativos, y la definición de las decisiones fundamentales que afectan a la vida económica y social; éstas son las libertades básicas de elección profesional y de actividad, ordenación del mercado, etc., en un concepto ya arraigado en la ciencia económica denominado "orden económico". La segunda área, afecta a lo que se puede llamar administración de la economía, que recoge las instituciones y normas jurídicas que regulan legalmente las consecuencias del orden económico.

Según J. Font, refiriéndose a la Constitución española de 1978, la "Constitución económica" contiene un considerable conjunto de normas de naturaleza específicamente socioeconómica mediante las cuales se establecen los principios que rigen la actividad económica desarrollada por los individuos y por el Estado y se determinan las libertades, derechos y responsabilidades de aquéllos y ésta en el ejercicio de dicha actividad<sup>24</sup>.

Además del interés que ha despertado el contenido<sup>24</sup> de la "Constitución-económica" en general, también ha sido objeto de polémica doctrinal la función que ésta desempeña en el marco general de las Constituciones. A continuación examinaremos brevemente diversas opiniones y analizaremos algunos casos concretos.

## 2.2.- TEORIAS SOBRE LA CONSTITUCION ECONOMICA

Nos vamos a referir en primer lugar a un sector de la doctrina que propugna que la Constitución deba ser neutral con respecto a la organización de la vida económica.

H. Kruger<sup>26</sup> fue un defensor de este pensamiento, pero hay que señalar que los Derechos Fundamentales de una Constitución no son neutrales ni pueden tratarse aisladamente de la concepción política-económica, ya que estos derechos son piezas básicas en el orden económico. Luego habría que plantearse si es realmente posible tal neutralidad.

Horst Ehm<sup>27</sup> rechaza la existencia de una Constitución económica, remitiendo a la Constitución estatal la definición de los Derechos Fundamentales y considerando como accesorio el Derecho económico<sup>28</sup>. Otros autores rechazan la idea de Constitución económica afirmando que hay en la economía una dinámica mayor que la que afecta a la Constitución política y consideran que es tan importante que no debe quedar fijada en el marco constitucional.

Una segunda actitud es la representada por F. Böhm<sup>29</sup>, que considera que el Estado debe dar marco a la actuación económica y ordenar su estructura. El pensamiento de Böhm, descansa en el desarrollo de la escuela neoliberal de Friburgo<sup>30</sup> de Walter Eucken y Wilhelm Röpké<sup>31</sup>. La Constitución económica debe integrar las ideas políticas sobre el orden de sociedad con las exigencias de organización de la economía. No puede afirmarse ni una

posición de "neutralidad" ni una posición de inestabilidad a plazo largo.

Ha sido Nipperdey el que más se ha opuesto en los años cincuenta a los postulados de "neutralidad" político-económica de la Constitución. Su objetivo ha sido introducir el concepto de la economía social del mercado en la Constitución<sup>40</sup>. En la discusión entre Nipperdey y Eucken, defensores de las dos teorías opuestas, se aprecia en los representantes de la tesis de la neutralidad de la materia constitucional económica, el desconocimiento de las estructuras y exigencias organizativas de una economía. Para Nipperdey<sup>41</sup>, por el contrario, la Constitución económica se compone de libertades individuales que reflejan un determinado orden económico.

Un tercer planteamiento parte de la interpretación de que los Derechos Fundamentales no son sólo derechos subjetivos, sino que son normas fundamentales del más alto nivel. El problema se presenta en los términos de si estos derechos fundamentales, como principios del más elevado rango tienen o no validez para la legislación económica. Si se considera que los derechos fundamentales no son sólo derechos de defensa, sino que imponen obligaciones positivas en la actuación del Estado, significa que éste debe fomentar y crear aquellas libertades personales que puedan conseguirse en el momento actual.

El Estado puede actuar como institución de *Daseinsvorsorge*, ayudando al individuo cuando se produce la necesidad, o en la interpretación de la actuación del Estado, evitando a *priori*, que

se produzcan situaciones así. Entre los autores españoles, también se han mantenido diversas posiciones. Así, en opinión de Lucas Verdú, la quintaesencia de una Constitución económica consiste en la expresión ideológica, jurídicamente organizada, de una estructura socioeconómica; de aquí que todo texto constitucional opte implícitamente por una estructura socioeconómica, aunque formalmente no lo exprese, como sucede en las primeras Constituciones modernas. A partir de la Primera Guerra Mundial, los textos constitucionales confirman la estructura socioeconómica elegida, corrigiéndose así la hipocresía constitucional en este punto<sup>42</sup>.

En la misma línea afirma Padilla Serra que, toda Constitución contemporánea debe contener principios que expresen, cuál va a ser la posición económica del Estado ante el orden económico<sup>43</sup>. Posición contraria mantiene Scheuner, para quien el establecimiento de una Constitución económica no forma parte de los elementos necesarios de una Constitución<sup>44</sup>.

También los juristas italianos emplean la expresión "Constitución económica", como Galgano y Ghidini<sup>45</sup>, y en la doctrina mercantilista española la expresión "Constitución económica" ha sido admitida y delimitada por Duque, quien considera que la parte de la nueva Constitución española que se ocupa de los aspectos económicos de la vida comunitaria pueda ser llamada "Constitución económica" en sentido formal, a condición de que no se entienda como la constitucionalización directa de un sistema, de un régimen económico o de un partido, sino como la parte de la Constitución que contiene los derechos que legitiman



la actuación de los sujetos económicos, el contenido y límite de estos derechos, la responsabilidad que comporta el ejercicio de la actividad económica, así como las instituciones competentes para establecer la normativa adecuada, y las instituciones jurisdiccionales ante las cuales pueden hacerse valer aquellos derechos, reclamar contra su intervención, y hacer efectiva la responsabilidad derivada de un uso abusivo de aquéllos<sup>46</sup>.

Es interesante señalar, que el riesgo que perfila Duque de que la Constitución económica responda al programa político de un partido, es cierto y real, y más intenso en los casos en que la Constitución haya surgido en circunstancias de mínimo pluralismo político<sup>47</sup>.

Tras esta breve referencia relativa a las teorías sobre la Constitución económica que suponen sólo un aspecto circunstancial en nuestro objeto de estudio, estimamos que actualmente no cabe mantener que los textos constitucionales son neutrales económicamente. Como hemos visto anteriormente la evolución en el contenido de los textos constitucionales es tal que no es posible deslindar la regulación de la actividad económica, de la gestión estatal, y de la actividad e iniciativa económica individual, de los derechos políticos y sociales que también se encuentran incluidos en los textos.

No se trata de que la "Constitución económica" sea el programa económico del partido político que está en el gobierno, sino que constituya el régimen económico que armonice con el sistema político que la Constitución configura.

A continuación nos referimos a su aparición en los textos constitucionales siendo la Constitución de México la que en primer lugar la incluye en su articulado y a partir de esa fecha, prácticamente todos los textos recogen derechos económicos y sociales.

### 3. LA CONSTITUCION MEXICANA DE 1917<sup>48</sup>

Para comprender dicho texto, hay que referirse a los hechos de un período histórico que constituyen la realidad política que la hizo posible. Los años anteriores a su promulgación han sido llamados Revolución Mexicana, pues si consideramos que el concepto de Revolución implica la transformación total de un sistema de vida por otro completamente distinto, la revolución mexicana de 1910 a 1913, como opina Jorge Carpizo, supuso un cambio fundamental, de esencia, en las estructuras económicas. Fue un movimiento que en 1910 tuvo una finalidad política doble; derrocar al dictador y llevar a la Constitución el principio de no reelección<sup>49</sup>. Este movimiento político se convirtió en social aproximadamente en 1913 y la idea de reformas sociales tuvo origen popular. Se puede pues afirmar que la Constitución Mexicana de 1917 es el resultado del primer movimiento social que vio el siglo XX.

La declaración de derechos humanos que contiene la Constitución mexicana de 1917 es amplia y abarca más de 80 principios relativos a ellos. Los Derechos incluyen correlativamente obligaciones, y las garantías sociales aparecen

con deberes correspondientes. Se inserta además en el articulado la institución del "juicio de amparo", que se introdujo por vez primera en la Constitución de Yucatán de 1841, (artículos 53, 63 y 64), y fue acogida después en el texto d 1917 (artículos 103 y ss), siendo objeto de una normativa sucesiva que lo extendió a diversos supuestos de tutela<sup>50</sup>.

Los Derechos humanos incluidos se pueden agregar en dos vertientes: los derechos del hombre como individuo, y como integrante de un grupo social. Lo realmente nuevo y destacable son los derechos del hombre como parte de un grupo social, o derechos sociales que se agrupan en 4 secciones:

- a) régimen patrimonial.
- b) régimen familiar.
- c) régimen laboral.
- d) régimen de la información.

En este campo hay muchas innovaciones que vamos a comentar brevemente. El régimen patrimonial, contenido en los arts. 27 y 28, destaca la politización de latifundios, régimen comunal en la explotación de tierras, el régimen ejidal, la subordinación de la propiedad privada al interés social, y autorización de monopolios en servicios públicos. Los derechos laborales son muy amplios y extensos en el título VI, que se denomina: "Del trabajo y de la presión social". Se regula con gran detalle, los contratos de trabajo, la duración de la jornada, el trabajo de los menores, de las mujeres, el salario mínimo, igualdad de salario para igual trabajo, sin distinción de sexos, las horas extraordinarias, los

suministró también el esquema organizativo de referencia a las soluciones adoptadas por la Constituciones soviéticas, a partir de la Constitución de 1918.

Se produce en general en los textos constitucionales un profundo cambio. A los elementos tradicionales de la organización del Estado se van sumando nuevos órganos, pues se incorporan preceptos de organización social que corresponden a una concepción política y jurídica acerca de los fines del Estado distinta de la que había inspirado al constitucionalismo clásico.

Como señala Duverger, a partir de entonces, en el proceso de innovación y recepción de nuevos principios políticos y jurídicos cabe señalar:

- 1) la constitucionalización de los derechos sociales.
- 2) recepción de nuevas instituciones.
- 3) amplitud del ámbito constitucional.
- 4) crisis del constitucionalismo<sup>21</sup>.

Como ejemplo de nuevos órganos, en la Constitución peruana de 1933 aparece, por vez primera en Iberoamérica, la figura del Consejo de Economía Nacional, "formado por representantes de la población consumidora, el capital, el trabajo y las profesiones liberales". Pero realmente, no llegó a tener nunca vigencia tal institución. La Constitución de Brasil de 1937, regulaba el "Consejo de Economía Nacional", en el que estarían representados los distintos sectores de la producción nacional, y en distintas Constituciones, la de Guatemala de 1956, Venezuela de 1961,

suministró también el esquema organizativo de referencia a las soluciones adoptadas por la Constituciones soviéticas, a partir de la Constitución de 1918.

Se produce en general en los textos constitucionales un profundo cambio. A los elementos tradicionales de la organización del Estado se van sumando nuevos órganos, pues se incorporan preceptos de organización social que corresponden a una concepción política y jurídica acerca de los fines del Estado distinta de la que había inspirado al constitucionalismo clásico.

Como señala Duverger, a partir de entonces, en el proceso de innovación y recepción de nuevos principios políticos y jurídicos cabe señalar:

- 1) la constitucionalización de los derechos sociales.
- 2) recepción de nuevas instituciones.
- 3) amplitud del ámbito constitucional.
- 4) crisis del constitucionalismo<sup>21</sup>.

Como ejemplo de nuevos órganos, en la Constitución peruana de 1933 aparece, por vez primera en Iberoamérica, la figura del Consejo de Economía Nacional, "formado por representantes de la población consumidora, el capital, el trabajo y las profesiones liberales". Pero realmente, no llegó a tener nunca vigencia tal institución. La Constitución de Brasil de 1937, regulaba el "Consejo de Economía Nacional", en el que estarían representados los distintos sectores de la producción nacional, y en distintas Constituciones, la de Guatemala de 1956, Venezuela de 1961,

Uruguay de 1966 y Panamá de 1972, se señala como una nueva función del Estado la de orientar la actividad económica.

En la Constitución ecuatoriana de 1958 se establece el Consejo Nacional de Desarrollo (arts. 89, 90 y 91) "que fijará las políticas generales económicas y sociales del Estado y elaborará los correspondientes planes de desarrollo". Además de la creación de estos órganos, la tendencia a la constitucionalización de los derechos sociales, es muy acentuada. Así, en la Constitución peruana de 1923, brasileña de 1934 y 1937, en la de Cuba de 1940; en la reforma peronista de la Argentina de 1949; y en las más recientes, como las de Venezuela (1961), Brasil (1969), Panamá (1972) y Cuba (1976), donde los derechos sociales están recogidos repetidas veces.

Como vemos por los textos constitucionales citados, la corriente constitucionalizadora de derechos sociales y económicos ha sido muy intensa tras la Constitución de México de 1917, aunque a decir verdad, no en todos los casos mencionados han estado los textos dotados de real eficacia<sup>22</sup>.

#### 4. LA CONSTITUCION DE WEIMAR DE 1919

Antes de referirnos propiamente al texto constitucional, vamos a considerar brevemente las circunstancias históricas y económicas que forman el marco que lo hizo posible, y en el que la influencia revolucionaria fue decisiva. El gran conflicto bélico de 1914, vino a modificar el proceso del

constitucionalismo alemán, y la Constitución de Weimar es resultado de las circunstancias revolucionarias y bélicas.

Como dice Posada, esta guerra en si misma puede considerarse como punto fundamental en la evolución constitucional alemana. Sólo mediante ella se pudo realizar la democratización y la parlamentarización del Reich. Porque el problema que estas transformaciones implicaba venía planteando, con más o menos fuerza, en la Alemania bismarckiana, antidemocrática, y antiparlamentaria. La guerra agrava el problema y la crisis, y a su fin se produce la renuncia del Emperador Guillermo II a la dignidad imperial y a la Corona de Prusia, produciéndose la revolución de octubre de 1918 que provocó la sustitución de la Monarquía imperial por una República<sup>23</sup>. Tras un período de Consejos de obreros y soldados, la Asamblea nacional elegida por sufragio universal muy amplio acordó la Constitución de Weimar<sup>24</sup>, que tuvo gran influencia en las Constituciones europeas posteriores, y de manera especial el aspecto económico que nos ocupa.

Durante el conflicto bélico, cuando las estructuras sociales se hallaban debilitadas por los desplazamientos humanos, cuando se procedía a la desmovilización de los ejércitos sin posibilidad de dar empleo a los ex soldados, cuando había pasado la euforia patriótica, los dirigentes de las clases obreras trataban de adueñarse del poder político en diferentes países. En Rusia lograron derribar al Régimen zarista (1917), y fundar el Estado soviético. En Hungría crearon una efímera dictadura consejista bajo Bela Kun (1919)<sup>25</sup>. En Italia los obreros ocuparon fábricas y

algunas propiedades rurales (1920). Los regímenes existentes fueron eliminados en Alemania, Austria, Bulgaria y Turquía. En Francia, Gran Bretaña y Estados Unidos se produjeron nuevas huelgas. En la Europa oriental y central se formularon demandas de reforma agraria que tendían a la supresión de los latifundios. Todas estas perturbaciones produjeron baja producción y la depresión económica de 1920-1921.

Finalizada la guerra, era necesaria una reorganización económica; las fábricas de armamento y municiones, los astilleros de guerra, todo era necesario reconvertirlo. A pesar de lo difícil que fue el reajuste, se logró con rapidez volver a los niveles de producción de 1913, pero no se consiguió la recuperación en todos los ramos de la actividad económica, pues el sistema de comercio y pagos internacionales estaba totalmente perturbado, las exportaciones e importaciones fueron afectadas por las consecuencias de la guerra, y los transportes eran muy deficientes.

Y además, todo el sistema de comercio internacional quedó modificado por las reparaciones y deudas de guerra. Fue establecido que Alemania tuviera que pagar indemnización a los aliados en dinero, oro, buques, armamento, carbón y conceder a los aliados durante 5 años el trato de nación más favorecida. Con tal carga económica, Alemania pronto se vio ante una inflación galopante.

En opinión de I. Clough, la inflación debilitó económicamente a la clase media inferior y la desanimó de tal modo que sus



miembros prestaron oídos a los que proponían remedios extremos para curar los males de las sociedades: es decir, los argumentos del socialismo o del fascismo. En efecto, esta clase contribuyó menos que antes a llenar el vacío existente entre los muy ricos y los obreros asalariados. De ese modo la inflación tuvo importantes consecuencias sociales y políticas, aparte de ser un factor de desorden en el comercio y los pagos. En su forma moderada pudo cooperar al crecimiento económico al "forzar" a la inversión un cierto volumen de capital, pero en su forma extrema no cabe duda de que fue un elemento negativo para dicho crecimiento\*\*.

Todos estos factores, constituían la realidad económica tras la Primera Guerra Mundial en Europa, y eran el marco en el que vió la luz la Constitución de Weimar, y es evidente que influyeron en su contenido económico. Como dice Ramón García Cotarelo, dada la hegemonía que ejerció en la Cámara desde el principio el Partido Socialista, la República de Weimar fue una típica república social, en la que comenzó a aplicarse una legislación social, en la que surgieron más tarde algunas de las notas esenciales del Estado del Bienestar, como la co-gestión de empresas, la contratación colectiva, el seguro de desempleo, etc.\*\*. Y fue en la reflexión teórica de la doctrina alemana sobre la Constitución de Weimar, donde primeramente fue usado el término Constitución económica. El concepto trataba de recoger la configuración que el legislador constitucional había pretendido dar a la organización económica de la sociedad. Y García Cotarelo hace la siguiente precisión:

"Esta intención era, por lo demás nueva (excepción hecha de la Constitución de Querétano, carecía de precedente en los países liberales) y, en realidad, no hacía sino reflejar la gran importancia que tuvieron en los acontecimientos políticos que originaron la República de Weimar, tanto los partidos que propugnaban una transformación económica de la sociedad (SPD, VSPD), como algunas instituciones populares de democracia directa (Räte). La Constitución de Weimar pretendía incluir dentro de su texto (es decir, constitucionalizar), a algunos de estos consejos, especialmente los que no suponían un peligro de poder dual, como los consejos de empresas (Betriebsräte). Debido a todo ello, se puede afirmar que la Constitución de Weimar, su constitución económica supone un momento culminante de la transformación del contenido de los derechos de la personalidad individual y social"<sup>27</sup>.

Es en la segunda parte de la Constitución donde se ofrece el más amplio cuadro de los derechos y deberes de la personalidad humana individual y social -en todas las esferas y relaciones de su actividad-, procurando además elementos para dar a la regulación de esos derechos y deberes estructuración orgánica. De las 5 secciones en que se dividen los Derechos y Deberes de los alemanes, es la Sección 5ª, Vida Económica, la que nos ocupa en este tema y la que vamos a considerar.

Según el artículo 151, "la organización de la vida económica debe responder a los principios de justicia y proponerse como fin garantizar a todos una existencia digna del hombre. En tales

límites, deberá asegurarse la libertad económica del individuo". Se garantiza la libertad de comercio, de industria, y se afirma la libertad de los contratos. En el art. 153 se dice que "la Constitución garantiza la propiedad; su contenido y sus límites se determinan por las leyes". Se regula la expropiación, posible sólo en caso de bien general, y mediante indemnización. Se afirma que "la propiedad obliga". Su uso debe ser pues un servicio prestado al bien público. El trabajo se coloca "bajo la protección especial del Reich", y luego se crea un derecho general para el trabajo, que se refiere al trabajo intelectual, a la defensa del trabajador, al seguro de desempleo\*\*.

El art. 165 es el más importante desde el punto de vista de la consideración política y social del trabajo, pues se establece que los obreros y empleados, serán llamados a colaborar en común, y en condiciones de igualdad, en la reglamentación de los salarios y de las condiciones del trabajo, así como en lo relativo al conjunto de las condiciones del desenvolvimiento de las fuerzas productoras. Se reconocerán por una y otra parte las Organizaciones y sus Uniones. Obreros y empleados obtendrán, para tratar de sus intereses sociales y económicos, representaciones legales en los Consejos obreros de empresas (Betriebsarbeitsräten), así como en los Consejos de distrito, constituidos según los diversos dominios económicos, y en un Consejo del Trabajo del Reich (Reichsarbeitsrat). Para el desempeño de todas las tareas económicas y la colaboración en la aplicación de las leyes de socialización, los Consejos obreros de distrito y el Consejo obrero del Reich, se reunirán con las representaciones de los patronos y los demás grupos populares

interesados, a fin de constituir Consejos económicos de distrito (Bezirkswirtschaftsräten) y un Consejo económico del Reich (Reichswirtschaftsrat).

Realmente ya de por sí el contenido de este artículo justifica la importancia que se le reconoce a la Constitución de Weimar, puesto que pretende normativizar con regulación detallada e instrumental el funcionamiento económico concreto; no se trata de líneas generales en este ámbito, sino que diseña mecanismos para la realización práctica.

Además se concede un papel destacado al Consejo Económico del Reich (Reichswirtschaftsrat), pues el gobierno tiene que someter a su informe los proyectos de ley de política social y política económica de importancia, y asimismo, el Consejo tiene derecho de iniciativa en materia de proposiciones de ley de la naturaleza indicada.

Como es evidente, el contenido económico de la Constitución de Weimar era amplio y representaba una innovación producto de las circunstancias económicas y sociales, y de las consecuencias de la revolución y la guerra, que se daban en ese momento en Alemania. Dicha Constitución, aun después de haber mostrado al mundo cómo mediante el artículo 48 se dio paso dentro de la legalidad a la dictadura hitleriana y cómo quedó sin vigencia alguna, transmitió su influencia social y a través del tiempo a otras constituciones, incluso alemanas, ya que el legislador en 1949, en la Ley Fundamental de Bonn<sup>22</sup>, trató de hacer operativos algunos principios generales de la Constitución de Weimar de tipo

social. Ejemplo de esto, es la declaración del Estado alemán como Estado social y democrático de Derecho (art. 28 de la Constitución). Realmente se puede establecer conexión del sentido de esa expresión con el artículo 15 que establece la posibilidad de socialización, marcando con ello la línea de influencia del contenido social y económico de la Constitución de Weimar.

## 5. ESTADO DE BIENESTAR<sup>40</sup> : SITUACION DE CRISIS

Los graves problemas económicos que se desarrollaron entre la primera y la segunda Guerra Mundial y sus secuelas, -se podría fijar el periodo de 1920 a 1950-, indujeron una serie de drásticas reformas políticas y económicas, que se manifiestan en los textos constitucionales, y que configuran lo que en la actualidad denominamos Estado de Bienestar<sup>41</sup>.

Los rasgos característicos del Estado de Bienestar se pueden establecer así:

1) El Estado garantiza una serie de servicios que se consideran esenciales para que no existan desigualdades estructurales. El carácter de estos servicios sociales hace que fluctúen entre la universalidad o la redistribución.

2) El Estado de Bienestar utiliza un sistema de imposición progresiva. Es un Estado interventor, que interfiere con la propiedad privada con sentido redistributivo, y esta intervención es la base del pacto social entre Estado y sociedad.

Como es evidente, esta línea de actuación tiene su apoyo jurídico en los textos constitucionales, cuyo articulado refleja, por citar los ejemplos más sobresalientes, que: se respeta la propiedad privada, la iniciativa privada, la acumulación de recursos, que el mercado es el mecanismo esencial en el orden económico, y que se procede a un reparto igualitario de la renta obtenida por la sociedad mediante la provisión de servicios por parte del Estado. Asimismo se incluye el pleno empleo como objetivo principal del crecimiento económico. Sin embargo en el desarrollo del Estado del Bienestar éste ha sido un objetivo abandonado en la práctica en algunos países, al tiempo que ha seguido vigente en otros, como Austria, Suecia, Noruega, incluso durante la crisis económica. En el caso sueco desde 1944<sup>22</sup> se ha considerado el pleno empleo como objetivo explícito de la actividad económica lo que implica que la política activa de mercado de trabajo ha tenido prioridad sobre la política de asistencia a los desempleados.

Luego a consecuencia de las nuevas políticas económicas tras el conflicto bélico, las Constituciones del Estado del Bienestar experimentan una transformación importante, pues regulan la nueva e intensa actuación económica del Estado además de normativizar áreas clásicas referidas a Derechos Fundamentales, sociales, políticos y económicos, que en esta nueva concepción del Estado de Bienestar en determinadas ocasiones parecen colidir. Basta recordar cómo al tiempo que se reconoce en los textos la propiedad privada, se menciona su "función social".

En opinión de García Cotarelo, el Estado del Bienestar supone la reforma del viejo Estado liberal de Derecho, de un modo que resolviera su crisis sin perder nada de su estructura jurídico-política. La crisis del Estado liberal obligó a enmendar algunos mecanismos del Estado liberal clásico. El más evidente de todos y el que da su carácter peculiar al Estado de Bienestar es la pérdida de la concepción del "Estado mínimo". Siguiendo las doctrinas de Keynes a partir de la Segunda Guerra Mundial, el Estado se convierte en "Estado máximo"<sup>22</sup>.

De hecho, el conflicto bélico constituye una primera confirmación de la nueva teoría económica de Keynes: el Estado podía restablecer el pleno empleo con tal de que realizase suficiente gasto. Al final de la guerra, todos los países habían aprendido su mensaje. En ningún caso existía una edad de oro anterior a la guerra a la cual poder volver, sino todo lo contrario: el punto esencial de las reformas económicas nacionales e internacionales a partir de 1945 consistía en evitar una repetición de la Gran Depresión de los años treinta. Era necesario innovar y evitar antiguas actuaciones erróneas.

El capitalismo del Estado del Bienestar comporta el uso de antiguos y nuevos poderes del Gobierno central en las democracias parlamentarias, con el fin de hacer que el capitalismo funcione de manera diferente a como lo había hecho antes de la Segunda Guerra Mundial. Sigue siendo capitalismo por cuanto el Estado Benéfico conserva los dos rasgos organizativos básicos del sistema decimonónico: propiedad privada de los medios de producción y, por tanto, rentas de las tierras, intereses del

capital y beneficios, y determinación por el mercado de los "outputs" y rentas. Pero es un capitalismo reglamentado por el Estado<sup>44</sup>, el cual asume la responsabilidad de lograr mantener la plena ocupación y el crecimiento de la renta, al tiempo que proporciona una gama cada vez mayor de servicios sanitarios, educativos, de viviendas y otros de carácter social, con cargo a un producto nacional bruto creciente. Las técnicas de esta política implican la expansión incesante del gasto público, de los impuestos, del control sobre la fuerza del trabajo y sobre los mercados de los recursos y productos. Los mercados dejan de ser autónomos o del tipo del "laissez faire". El Estado traza la política con la intención deliberada de que afecte a la distribución de la renta, al gasto total de la inversión, a la balanza de pagos del país dentro del comercio internacional, y al nivel de precios. Luego se puede afirmar que su esfera de actividad y gestión económica es máxima.

La influencia de la teoría económica de Keynes se generaliza y manifiesta en las medidas y programas que tras la guerra se adoptan en los países europeos. En Gran Bretaña, el Gobierno de coalición de conservadores y laboristas acordó que el Estado de la post-guerra asumiría el compromiso de utilizar todos sus poderes para asegurar la plena ocupación. El informe Beveridge de 1942, y el Libro Blanco sobre Empleo de 1944<sup>45</sup> proponían un programa de servicios sociales y de gastos de capital social que garantizaría una suficiente demanda efectiva después de la guerra. En las elecciones generales de 1945, los laboristas obtuvieron una abrumadora mayoría parlamentaria, y el gobierno laborista inició la construcción de un Estado asistencial muy



similar al modelo sueco y que tendría vigencia incluso durante algunos gobiernos conservadores. El rasgo más destacable del programa laborista fue su plan de nacionalizaciones<sup>22</sup> en sectores claves, en un intento de paliar la decadencia industrial del país. Se pretendía lograr la modernización y la eficiencia, así como aumentar el control público de la economía y hacerla más socializada mediante creación de servicios públicos y sociales, como educación y sanidad.

Pero en general las nacionalizaciones no produjeron el resultado previsto y el declive de la economía hacia los años 60 y 70 fue importante. Concretamente la extendida idea de la ineficacia de las empresas nacionalizadas favoreció el programa del gobierno conservador de 1979, que incluía la propuesta de privatización de algunas de dichas empresas.

Evidentemente la gestión económica que el Estado del Bienestar asume en los países occidentales es muy articulada y compleja y reviste aspectos muy diversificados. R. García Cotarelo se refiere a la doble función que ha desempeñado el Estado, como "patrono y como obrero. Mediante la primera, la intervención estatal generó un poderoso sector público de la economía, que inició con gran número de nacionalizaciones en la inmediata postguerra. Pasado el primer impulso nacionalizador, el intervencionismo se justifica en dos razones:

- 1<sup>a</sup>) La necesidad de luchar contra los monopolios, y
- 2<sup>a</sup>) La necesidad de que mediante la competencia entre empresas públicas y privadas en la prestación de

ciertos servicios sociales, se abaraten los precios por razones sociales\*7.

Como consecuencia de lo anterior, surge la necesidad de la planificación estatal, que se expresa en los textos constitucionales y que tiene un carácter de planificación indicativa y no imperativa por diferenciar al Estado del Bienestar de los países comunistas. Esta ha de dotarse de unos medios institucionales precisos que, o bien proceden de épocas de intentos intervencionistas autárquicos, como el IRI italiano de los tiempos de Mussolini, o el INI español de los de Franco, o bien son de más reciente creación, como la Comisaría del Plan en España, el Consejo Económico y Social francés, etc. Esta tendencia a la planificación económica como característica del Estado del Bienestar plantea numerosos problemas ya que, entre otros casos, tal planificación ha de hacerse mediante ley y con control parlamentario. Pero junto a esta función estatal, García Cotarelo destaca que no sólo el Estado patrono (o Estado capitalista, si se quiere) es determinante del Estado del Bienestar, sino que también tiene éste una intensa vertiente de prestación de servicios de muy variada índole y que son los que, en verdad, le han granjeado el calificativo de "social". En primer lugar, el Estado actúa como el mayor representante sindical de toda la población trabajadora ya que a través de su actividad, genera empleo, regula de modo jurídicamente vinculante gran número de las relaciones laborales, establece comisiones de arbitraje para los conflictos, y su intervencionismo se hace sentir en la determinación legal de las condiciones de contratación laboral y en la regulación del salario mínimo.

En segundo lugar, el Estado actúa como el gran asegurador de esa misma población activa cuando, por las razones que sean, se encuentran temporal o definitivamente alejada del mercado de trabajo. El sistema de seguridad social tiene gran complejidad, y el desarrollo del subsidio de desempleo en los países industrializados es máximo<sup>66</sup>.

Resumiendo podríamos decir que las consecuencias económicas producidas por la Primera Guerra Mundial impidieron a los países capitalistas industriales europeos retornar durante los años 20 al sistema de antes de la guerra. La depresión traumática de la guerra apuntilló al capitalismo de "laissez-faire" en la práctica. Keynes echó por tierra su lógica teórica, y la Segunda Guerra Mundial vino a demostrar que la planificación y el control estatales, dentro de las instituciones económicas capitalistas, podían crear una situación de plena ocupación. Como resultado de todo lo expuesto, se produjo una reestructuración radical del capitalismo hacia 1950 en Inglaterra, Norteamérica y Europa occidental, sin que fuera precisa una revolución. Fueron hechos concretos, guerras, depresión, nuevas teorías económicas, los causantes del Estado de Bienestar. Como expresa Myrdal, las intervenciones estatales que significamos por política del Estado de Bienestar, se produjeron sin premeditación, ocasionadas por los sucesos, no por una ideología<sup>67</sup>.

Así durante los años de la postguerra hasta los años 70 el Estado de Bienestar de Europa se convirtió en el modelo más avanzado de organización social de la humanidad, donde se consiguió un alto crecimiento económico, un alto grado de

justicia social y un alto grado de libertades individuales. Sin embargo la crisis económica que se inicia en los años 70 ha forzado a un replanteamiento del Estado del Bienestar.

El impacto de la crisis ha sido tal que se ha visto amenazada su continuidad. El brusco final del período de expansión económica, ha reducido los recursos disponibles para el mantenimiento de las anteriores políticas de bienestar, a la vez que en ciertos sectores se ha estimulado la demanda de prestaciones sociales especialmente en lo referido al creciente grupo de desempleados.

Esto conduce a una aguda crisis fiscal del Estado, crece el déficit público cuya financiación cada vez es más difícil, disminuye la capacidad inversora nacional e incluso a veces se compromete la solvencia internacional de muchos países. Se llega a la situación en algunos casos, en que la política de bienestar social que antes se consideraba fundamental, se considera en la nueva situación de crisis como un obstáculo para la recuperación económica lo que ha motivado que en diferentes países los gobiernos conservadores hayan llegado al poder y lleven a cabo una política de recorte de gastos dedicados al bienestar social, así como se haya extendido el descrédito hacia la capacidad y eficacia del Estado como gestor económico. Se ha generalizado una desconfianza en los gobiernos social demócrata así como se ha producido una crisis de legitimidad del propio Estado del Bienestar.

Se cuestiona hoy en día lo que era fundamental e innegable en el período 1950-70, es decir, el núcleo de la política social-demócrata del Bienestar: que el Estado asume el mantenimiento del pleno empleo, la protección de servicios sociales y la tarea de promover la igualdad. Se ha llegado actualmente a poner en duda no sólo que el Estado sea capaz de procurar el bienestar ante los problemas de crisis y desempleo, sino que el Estado deba realizar o asumir tales tareas, ya que se considera es fuente de ineficacia y despilfarro.

El Estado de Bienestar se encuentra en plena crisis económica enfrentado a una limitación del gasto público y social para reorientar la economía hacia un alto crecimiento de la renta y el empleo, al tiempo que el problema de la marginación social del alto número de desempleados le presiona para adoptar prioridades redistributivas con el fin de lograr su integración social. Su falta de éxito en estas tareas así como en su función intervencionista para superar las desigualdades estructurales, ha producido una pérdida de confianza y una pérdida de legitimidad en el Estado en general. No se puede decir que la crisis económica sea el único factor desencadenante de la crisis de legitimidad, pero evidentemente existe una estrecha vinculación, ya que el análisis real de la situación económica con graves problemas llega a la conclusión de que el Estado "no funciona" y ante su falta de capacidad, se agravan las críticas y se requieren cambios de todo tipo, estructurales y constitucionales.

Refiriéndose a los efectos de la crisis del Estado de Bienestar, R. García Cotaralo opina: "No cabe duda que el Estado

Social que surge a partir de la Segunda Guerra Mundial ha mostrado una resistencia insospechada, tanto por lo que hace a las estructuras políticas internas como el equilibrio europeo posterior a 1945.

En el orden político interno, sin embargo, la crisis económica prolongada, que se inicia en 1973-74 y llega hasta hoy... ha dado lugar a una conciencia de crisis de legitimidad. No es difícil suponer una relativamente simple línea causal entre el progresivo aumento del paro durante la recesión, y la idea de la crisis de legitimidad de un Estado que ya no garantiza el pleno empleo y lo que es más grave, tampoco garantiza que sea capaz de mantener el nivel de prestaciones que alcanzó en sus momentos de auge, concretamente las relativas a la seguridad social y a las clases pasivas"<sup>70</sup>.

Realmente el problema hay que situarlo en el término temporal, es decir, hasta cuando pueda mantenerse esa situación sin que se produzca un grave deterioro político. Pero si bien la crisis económica es muy grave, con un paro que alcanza cotas parecidas a las de la depresión de 1930, no existe el peligro de transformación de los Estados democráticos en regímenes dictatoriales, como sucedió en el periodo citado. En opinión de R. García Cotarelo: "...parece evidente que la estructura política del Estado de Bienestar soporta de momento el déficit de legitimidad y nada permite presumir de antemano que no haya de ser así en el futuro"<sup>71</sup>.

La intensidad de la crisis económica y sus graves secuelas hace que aumenten las críticas que desde distintas posiciones políticas se venía manifestando respecto al Estado de Bienestar, tratando de poner de relieve su ineficacia. Se propugnan la aplicación de diversas medidas políticas y económicas, de cambios importantes en la gestión económica del Estado y de su función, lo que implica necesariamente reformas constitucionales como consecuencia del gran contenido económico y social que existe en los textos constitucionales actuales lejos de los textos clásicos liberales.

Vamos a comentar alguna de las críticas más articuladas al Estado de Bienestar.

#### 5.1.- CONSIDERACION CRITICA DEL ESTADO DEL BIENESTAR

Desde diferentes posiciones ideológicas se está cuestionando al Estado de Bienestar, en su fundamentación política y económica. Ya a comienzos de los años 70, incluso antes de la crisis energética algunos teóricos radicales habían sugerido que el modelo de desarrollo socialdemócrata se estaba agotando y sus posibilidades futuras eran escasas.

Siguiendo a García Cotarelo la crítica al Estado del Bienestar se puede agrupar según la tendencia política que las inspire en tres sectores: marxista tradicional, radical y neoliberal/conservadora<sup>72</sup>. Aunque no revisten igual importancia ya que se estructuran de forma diferente, no siempre aportan

soluciones y actuaciones concretas y difieren en sus puntos de partida.

Las críticas marxistas presentan en general un enfoque teórico ya superado, están ancladas en conceptos alejados de la realidad actual y no articulan soluciones prácticas. Por ejemplo, H. Frankel, que en 1970 y refiriéndose a Gran Bretaña sostiene que el proletariado no ha desaparecido y que la lucha de clases se ha intensificado<sup>73</sup>. Otros autores en una línea marxista más renovada expresan que el Estado de Bienestar opera como una máquina de gestionar plusvalía de la clase capitalista en su conjunto. Galgano lo expresa así:

"Es una técnica distinta de extracción de plusvalía que innova profundamente la organización de la economía capitalista, pero no transforma su esencia"<sup>74</sup>.

Según Baran y Sweezy<sup>75</sup>, la idea de una revolución en Occidente puede ser la posible solución a la situación de crisis, pero sus ideas sobre qué mecanismos y cómo ha de ser la revolución, son ambiguas; por lo que si se definen con más decisión, es por un acto colectivo de ruptura, pero sin precisar el alcance. En general se puede considerar que la crítica marxista tradicional no aporta planteamientos concretos para resolver la crisis del Estado de Bienestar.

Dentro del pensamiento radical estadounidense, en la línea de Baran y Sweezy, ocupa un lugar destacado J. O'Connor<sup>76</sup> que hace un estudio muy interesante de los problemas del Estado de



Bienestar al que en su obra *La Crisis Fiscal del Estado*, refiriéndose a los Estados Unidos llama "Estado bélico asistencial". Se centra en que el incremento del gasto público es imparable, y en su opinión, la única solución sería a través de los impuestos, lo que no resulta viable por la excesiva presión fiscal. Afirma que el Estado de Bienestar tiene como función perpetuar las condiciones de artículo de mercado y del modo de producción capitalista, y en su análisis de la crisis, expresa que la auténtica crisis moderna empezó con las turbulencias de los años sesenta y continúa en la actualidad como consecuencia de éstos. Se basa en factores económicos y sociopolíticos, y es el individuo mismo el que está en crisis debido a las tensiones a las que se ve sometido. Para resolver las contradicciones del presente, en todo orden, económico, social y político, es necesario resolver las contradicciones de uno mismo como individuo. En general, la crítica de O'Connor es radical, y no expone salidas al problema que sean aplicables en la realidad.

Como señala R. García Cotarelo el inconveniente de la obra de O'Connor es no haber encontrado explicación satisfactoria al hecho de que, -pudiendo ser otra cosa, el Estado sea representante y gestor de los intereses del capital, y sólo eso<sup>77</sup>.

Una posición más avanzada pero con la misma orientación la mantienen F. Galgano y I. Gough. Para Galgano<sup>78</sup> aun siendo el Estado en primer término un gestor público, no está desvinculado de clasismo del poder político. El modelo de la organización política burguesa es la sociedad anónima cuyo ejemplo sirve de pauta al propio Estado.

Para Ian Gough, inscrito en la corriente neomarxista, el Estado de Bienestar es la utilización del poder estatal para modificar la reproducción de la fuerza de trabajo, y para mantener a la población no trabajadora en las sociedades capitalistas, es decir la reproducción presente y futura de la fuerza de trabajo y la redistribución de bienes y servicios a sectores de la población pasiva, como niños, ancianos, parados y otros grupos sociales marginados<sup>79</sup>. La posición de Gough se sitúa en la corriente teórica que contempla el origen, desarrollo y contradicciones del Estado de Bienestar en el conflicto capital-trabajo que tiene lugar con el desarrollo del proceso específico de la acumulación de capital.

Se detiene en el análisis que la posición neoliberal ofrece como alternativa al Estado de Bienestar. En su opinión la crítica neoliberal no pretende un desmantelamiento del Estado de Bienestar, sino una reestructuración de forma que no cree dificultades a las necesidades actuales del proceso de acumulación (reconversión industrial). La realización de esto incluye adaptar la política educativa y de seguridad social al mercado de trabajo, mejorando la eficacia de los servicios sociales, reduciendo toda aspiración de su control democrático y reprivatizando zonas o servicios del Estado de Bienestar cuya rentabilidad privada sea evidente para el capital<sup>80</sup>.

Asimismo señala que hay una ambivalencia de las actitudes de la izquierda con respecto al Estado de Bienestar: ¿Es un medio de represión o un sistema para aumentar las necesidades humanas? Dicho autor opina que no es el análisis marxista del Estado de

Bienestar, sino el Estado de Bienestar mismo quien encierra la contradicción, ya que engloba simultáneamente tendencias a aumentar el bienestar social, al desarrollo de la capacidad de los individuos, al control social sobre el juego ciego de las fuerzas del mercado; y tendencias a la represión y control de la gente, a que los trabajadores se adapten a los requerimientos de la economía capitalista<sup>21</sup>. Evidentemente estos aspectos contradictorios en nuestra opinión son reales y existentes, pero creemos que el aspecto positivo de un Estado de Bienestar, un Estado Social y Asistencial es más valioso.

1. Gough tampoco ofrece en resumen ninguna solución concreta para la situación actual del Estado capitalista, y como hemos comentado esta falta de soluciones en esta tendencia política inspiradora está prácticamente generalizada.

La crítica neoliberal/conservadora<sup>22</sup> al Estado de Bienestar presenta una estructuración más sólida y más articulada que las posiciones críticas anteriores, y la realización de su política económica alternativa al Estado de Bienestar implica numerosos cambios constitucionales. Vamos a comentar a continuación las líneas fundamentales de esta posición doctrinal.

La crítica neoliberal/conservadora ha consistido esencialmente en un retorno a la fuente teórica de su doctrina en lo relativo al mercado, el Estado y el individuo, pero con una nueva formulación dada la crisis del modelo socialdemócrata. El argumento neoconservador a favor del mercado libre añade a las tesis clásicas la afirmación de que la regulación del mercado por

los poderes públicos, además de ineficaz es contradictoria con los objetivos propuestos. Se propugna que se deje actuar el libre juego de las fuerzas del mercado en la seguridad de que con ello se alcanzará una organización social que configure una prosperidad general que permita niveles aceptables de protección y distribución.

El razonamiento de que el mercado es el único mecanismo racional de distribución de recursos coincide y justifica "el Estado mínimo", en que si bien determinadas áreas de gestión le siguen siendo propias, como defensa, seguridad y obras públicas, no tiene que pretender la consecución de la libertad y la igualdad. En la tradición conservadora, la libertad del individuo es un derecho frente y contra el Estado, y respecto a la igualdad, en términos absolutos no se considera deseable.

Como consecuencia de su teoría económica y política, la crítica conservadora demanda profundas reformas en los textos constitucionales que reflejen los cambios que se propugnan. Se trata de reformas de contenido económico en primer lugar, que fijan la actuación económica y social del Estado, que también afectan a los Derechos sociales y económicos del individuo. Si se pretende una vuelta al liberalismo económico, las reformas constitucionales han de ser numerosas y corresponder al cambio de "Estado máximo" a "Estado mínimo", es decir, nuevas normas constitucionales que regulen por ejemplo la nueva política fiscal del Estado, o la nueva consideración de la libertad el individuo.

Pues la doctrina conservadora considera que la existencia del Estado mínimo y la actuación del individuo, sujeto de derechos actuando libremente, representa una garantía de progreso. Mientras que el Estado de Bienestar, en tanto que regula el espacio económico excesivamente, anula o retrasa el progreso. Sus excesos y principales errores son su voracidad fiscal y las políticas sociales. Luego en las transformaciones que la doctrina conservadora propugna, estos aspectos tienen una importancia fundamental. Si se critica al Estado de Bienestar que derrocha y protege la ineficacia cuando ampara las empresas públicas, la nueva política de privatización de ciertos sectores antes públicos ha de reflejarse en los textos constitucionales, con lo que volvemos a comprobar, pero en este caso en nuestro tiempo actual, como la realidad económica, puede ser crisis o cambios drásticos de política económica, incide en los textos constitucionales, a los que modifican y transforma hasta que refleje la nueva realidad económica en el ámbito del Estado y de individuo.

Según la crítica neoliberal, la crisis actual no significa en modo alguno incapacidad de supervivencia del sistema capitalista, que ya ha superado varias otras crisis, sino que ésta tiene su explicación en la intervención burocrática del Estado y en la acción económica de los gobiernos de hoy. La solución consiste en reducir drásticamente la intervención del Estado en la economía y que las fuerzas del libre mercado tengan plena libertad de actuación. Esta libertad significa el despliegue del liberalismo económico y la drástica reducción de las demandas democráticas.

La crítica fundamental que hace el neoliberalismo al Estado de Bienestar, es que la igualdad, cuando no se reduce a la igualdad ante la ley, es condenable en sí misma pues interrumpe mecanismos naturales, ya que la vida en sí no es equitativa por naturaleza. Y se subraya que el Estado de Bienestar es intrínsecamente contrario a las garantías de libertad del Estado de Derecho en la medida en que tiende a quebrantar principios como el de legalidad y el de jerarquía normativa, etc. Se manifiesta contra la planificación y considera que no es justificable en ningún aspecto, pues no es eficaz y asimismo rechaza la intervención estatal por derrochadora.

Ahora bien, el retorno al liberalismo económico que se postula, implica reproducir situaciones estructurales del sistema productivo anterior a las ahora existentes pero que surgieron para remediar las disfuncionalidades de aquéllos, lo que nos indica que una evolución libre de los mecanismos económicos, podría dar lugar de nuevo la situación actual<sup>24</sup>.

Pero además de estas posiciones críticas frente al Estado de Bienestar que podríamos considerar desde el punto de vista económico, hay otras actitudes que desde un aspecto político se muestran discrepantes con la naturaleza y orientación del Estado de Bienestar. Desde el sector crítico al socialismo se considera que ha habido una apropiación indebida por el pensamiento socialista del concepto de Estado de Bienestar. Se estima que tal y como se ha plasmado el Estado de Bienestar en la práctica occidental, es fruto de un compromiso o consenso entre muy diversas fuerzas políticas, entre las que se incluye el

socialismo. Pero se resalta que no hay que olvidar el papel, que tanto en la teoría como en la práctica del Estado de Bienestar, tuvieron la democracia cristiana, inspirada en la doctrina social de la Iglesia, o partidos netamente situados a la derecha, como los gaullistas franceses. Por no hablar de precursores tan dudosamente "progresistas" como Bismarck, y siendo posible encontrar vestigios de este tipo de política social en los regimenes autoritarios de derecha. Y autores como François Ewald, defensor decidido del Estado de Bienestar, en su obra *L'Etat providence*, señalan que la actitud liberal frente a la pobreza no es de retirada o desinterés<sup>22</sup>, y no cabe hacer análisis exclusivistas.

Las críticas al Estado de Bienestar en ciertos sectores son duras y demoledoras. La idea del Estado comprometido a cubrir todas las necesidades del individuo "desde la cuna a la tumba", se considera que carece de futuro. Se da por cierta su inviabilidad económica y se citan, como lo hace Charles Murray<sup>24</sup> en *Losing Ground : American Social Policy, 1950-1980*, programas contra la miseria y pobreza que no fueron efectivos, sino antes bien, produjeron más pobreza.

Otro ataque al Estado de Bienestar se centra en la pérdida de libertad, que se desprende de la entrega que hace el individuo de sus iniciativas a cambio de la seguridad que el Estado le ofrece. La actitud crítica trae a colación que la inexistencia de necesidades, y la actitud de docilidad ante el Estado puede recordar la formulación de G. Orwell, en su *Animal Farm*<sup>25</sup>.

Hasta ahora hemos comentado las posiciones críticas al Estado de Bienestar y el planteamiento de la situación actual es el siguiente. Como señala R. García Cotarelo, como solución de salvación de esta forma de Estado sólo puede verse como futuro inmediato una de dos posibilidades: una vuelta al socialismo en el que probablemente no quedarán salvaguardados los derechos y libertades democráticas; una vuelta a un régimen liberal anterior al Estado de Bienestar, que quizás sólo puede conseguirse mediante formas autoritarias de dominación política\*\*.

En ambos casos los riesgos en nuestra opinión son importantes y quizás más próximos los de la segunda opción. Un Estado de Bienestar que desmantele sus estructuras de servicios sociales tiene unas graves repercusiones de toda naturaleza. Es difícil asimilar una importante reducción en el tipo de prestaciones que el Estado venía proporcionando, sin contar con una inseguridad, malestar social, o una crisis política. Resulta evidente que la crisis económica afecta gravemente al Estado social de Derecho pero aún resulta más grave que se produzca una supervivencia del mismo mediante sistemas autoritarios.

En nuestra opinión, es el criterio de mayor eficacia lo que justifica los posibles cambios que el Estado de Bienestar actualmente lleva a cabo, ya que, como se dijo en otro lugar, es la búsqueda de efectividad el eje en el que se articula la legitimidad del Estado de Bienestar. Creemos que lo fundamental es que se arbitren las medidas necesarias para resolver la crisis económica, modificando los excesos que quizás hasta ahora se produjeron, pero no renunciar a las características del Estado de



Bienestar. En esa línea se puede citar cómo existe la mayor preocupación por el logro de la eficacia de los servicios sociales, y en segundo lugar hay que señalar que actualmente se ejerce presión generalizada para la reprivatización de sectores del Estado de Bienestar, y aún más intensa para que el gasto cambie de ser una provisión estatal directa de servicios, a ser una subvención pública a servicios producidos privadamente. Con lo que se evita la tendencia a la ineficacia y al despilfarro en la empresa pública.

Se trata de recuperar el déficit de legitimidad que la crisis económica ha ocasionado al Estado de Bienestar<sup>20</sup>, y de tener una amplia visión de la situación actual y de la situación concreta tras la salida de la crisis, que se vislumbra, y que presenta rasgos nuevos.

Hay que tener en cuenta que en los últimos quince años se han producido importantes transformaciones a nivel supranacional como consecuencia de la crisis generalizada. Algunos grandes cambios son: 1) se observa la emergencia de un sistema mundial en que cada actor económico y cada Estado no es sino una pieza más en un conjunto plenamente coherente. 2) El nivel internacional de la crisis ha demandado el establecimiento de una nueva base productiva, que implica una profunda transformación sin precedentes respecto a sectores de producción, organización y medios de trabajo. Se trata de transformaciones que implican una revolución tecnológica de gran envergadura.

Por ello, es necesario tomar ciertas medidas en el proceso de reestructuración del Estado de Bienestar, además de las que modifiquen la línea intervencionista del Estado y reduzcan su función gestora, hasta incluir las que regulen los sectores económicos en su proyección en el comercio internacional. Todo ello ha de manifestarse en los textos constitucionales que son los que perfilan el modelo económico a través de su articulado. Aparece así, en el momento actual, la interrelación a que nos estamos refiriendo en este capítulo y a lo largo de esta tesis, entre circunstancias económicas y textos constitucionales, entre realidad económica, realidad política y Constituciones.

## 6. RECAPITULACION

El objetivo de este capítulo ha sido establecer el modo en que los factores económicos y sociales influyen en la realidad política y determinan los textos constitucionales, los cuales a su vez, a partir de cierto momento en la historia constitucional, incluyen una serie de nuevos derechos de naturaleza económica y social por lo que se puede afirmar que existe una interacción de, -factores económicos, Constituciones y realidad económica y social-, que hace surgir una corriente de influencia en doble sentido, pues las Constituciones que han sido modificadas por la presión de factores económicos, se proyectan a su vez sobre la realidad económica a la que regulan y normativizan.

Pero esta mutua influencia no siempre existió, pues el constitucionalismo liberal propugnaba un "laissez faire" total,

en que la gestión económica del Estado era mínima, y el individuo no encontraba regulado su ámbito laboral y económico en el ordenamiento constitucional.

Las clases trabajadoras ante la explotación que implicaba la industrialización y la indefensión en que se hallaban reaccionaron contra el capitalismo liberal en dos frentes: en el político, el proletariado industrial luchó por la igualdad de los derechos políticos alcanzando el sufragio igualitario, conscientes de que luchar por mejoras económicas exclusivamente era insuficiente. Por otro lado, las Constituciones liberales clásicas y sus teorías de libertad en igualdad no satisfacían a los colectivos trabajadores, ni tampoco lo hacía el catálogo de derechos fundamentales, así que era necesario que los textos constitucionales tuviesen un contenido que garantizase un mínimo de seguridad económica y justicia social. No fue un proceso pacífico y negociado, sino que la constitucionalización por primera vez de derechos económicos y sociales, tuvo lugar tras violentos movimientos obreros y en una circunstancia económica desastrosa a consecuencia de la Primera Guerra Mundial. Sólo bajo esa presión los textos constitucionales modifican su contenido y a partir de la Constitución de México de 1917, insertan una regulación de la actividad económica del Estado, fijan el marco en el que el individuo puede desarrollar su actuación económica, y delimitan las relaciones entre ambas esferas, es decir, incluyen la "Constitución económica".

Como hemos comentado, la primera postguerra, la gran depresión de 1929, la Segunda Guerra Mundial y la nueva política

económica de los Estados proporciona cambios aún más radicales en la función económica que desempeña el Estado. Desde la mitad del siglo XX, el Estado ha asumido la función de planificar, regular, controlar y supervisar la vida socio-económica. El control estatal y las intervenciones gubernamentales en el proceso económico han adquirido una importancia relevante. La presión e influencia que ejercen los hechos políticos y económicos, explican en nuestra época actual, la nueva función del Estado intervencionista y regulador del juego económico. Se hace prácticamente general la aceptación por todos los gobiernos, del principio de que el bienestar del individuo es responsabilidad fundamental del Estado, lo que produce que aparezca así declarado en numerosas constituciones. El Estado de Bienestar, abandonado el "laissez-faire", utiliza la planificación para remodelar, transformar o desarrollar la economía, fuente del bienestar de los ciudadanos; emplea todos los poderes públicos en esa tarea, y su esfera de acción es tan amplia que incluso el área de los derechos fundamentales puede quedar afectada; véase como ejemplo, el caso de la limitación del derecho de propiedad, puesto que algunos textos constitucionales actuales destacan su "función social", o bien en el caso de regulación de empresas, pueda quedar limitada la libertad de contrato. Todo ello supone que los textos constitucionales tienen un articulado nuevo, regulador de la actividad económica en forma nunca imaginada en el siglo pasado, y en el que la función del "Estado máximo", aparece invadiendo esferas antes privadas. El Estado de Bienestar actúa como patrono, como obrero, como asegurador y como promotor; y por ello parte de la crítica que recibe el Estado de Bienestar

radica, como primer conflicto a señalar, en la agresión que la libertad individual soporta.

Pero hay que destacar un hecho cierto: coincidente con la crisis económica que se inicia en 1973, se ha producido lo que se puede llamar crisis de legitimación del Estado de Bienestar, ante la consideración de que el Estado no es siempre el mejor gestor, y que los servicios sociales no tienen siempre la eficacia que las necesidades exigen. Esta disminución de su fundamento legitimador ha producido una reacción conservadora que ha cambiado el signo de muchos gobiernos occidentales, favoreciendo la crítica teórica del intervencionismo estatal y de la política del bienestar. Se propugna que se lleven a cabo reformas constitucionales que modifiquen el marco jurídico del Estado gestor, que se arbitren medidas que han de mejorar la crisis, principalmente una vuelta parcial al "laissez-faire", mediante el recorte del gasto público y una incentivación de la inversión privada. La crítica liberal defiende la vuelta al Estado no intervencionista y el libre juego de las leyes del mercado en las relaciones laborales.

-

Todo ello implica cambios constitucionales, y concretamente en el área de los derechos de los trabajadores supondría importantes modificaciones, como por ejemplo el despido libre. Este tipo de medidas en un evidente retroceso en el tiempo, nos hace suponer que llevaría a una situación ya conocida y rechazada, frente a la que se tomaron las medidas y decisiones que ahora se cuestionan. Luego no parece que sea esa la solución

a la crisis del Estado de Bienestar, ni dudar de su legitimidad ante los problemas económicos de estos últimos 15 años.

En nuestra opinión, partiendo de que el Estado de Bienestar está en crisis, y de que ésta es sobre todo económica, creemos que es posible superarla mediante la adopción de medidas económicas adecuadas, que pueden ser parcialmente las citadas, pero sin renunciar a las características fundamentales del Estado de Bienestar, que debe ser afianzado y consolidado, y basar toda su reestructuración en el criterio de la eficacia o efectividad de la gestión. Para ello, para la superación de la crisis, es necesario el diseño de un nuevo modelo económico, lo que implica ciertos cambios constitucionales que lo reflejen, reproduciéndose así el fenómeno que al principio analizamos de interacción de factores económicos y textos constitucionales.

Ya las actuaciones políticas de los últimos años en diferentes países, en el intento de corregir la crisis de la economía capitalista, han producido un nuevo modelo socio-económico que muestra gran solidez a pesar de las contradicciones que encierra. Se contraponen en él la modificación de la actividad intervencionista en las áreas afectadas por las crisis y una mayor proyección del Estado en el Área internacional económica, el cual, por otra parte, mediante la función fiscal o por el contrario mediante incentivos o subvenciones, sigue interviniendo en ciertos aspectos de la actividad económica y social. Pues el Estado sigue prestando cobertura social, y no se mantiene al margen de áreas como la educación o la sanidad que

tanto inciden en el bienestar general, al tiempo que permite una actividad privada paralela.

Pero todo lo hasta aquí referido sobre las modificaciones en la función del Estado y respecto a las nuevas medidas económicas de gestión estatal, en el intento de combatir la crisis económica del Estado de Bienestar, se concreta en la realidad de modificaciones en los textos constitucionales ya existentes mediante los procedimientos de reforma, o bien en el surgimiento de textos nuevos cuando las circunstancias políticas lo demandan. Luego se puede afirmar que la vinculación existente entre realidad económica y textos constitucionales que hemos analizado refiriéndonos a comienzos del siglo XX, es totalmente válida y operativa en el momento actual: la incidencia de la realidad económica en el ámbito político sigue siendo un hecho innegable. Por todo ello este capítulo representa el análisis de un eslabón más en el proceso de adecuación entre textos constitucionales y realidad que se está desarrollando desde el comienzo del constitucionalismo.

7. NOTAS

- 1) Vid. J.M. Keynes, *The economic consequences of the Peace*, Harcourt, Brace and Howe, Nueva York, 1920. Véase además, *Ensayos de persuasión*, Ed. Crítica, Barcelona, 1989. *The general theory of employment, interest and money*, Macmillan and Co., London, 1936.
- 2) Vid. J.M. Keynes, *The economic...*, op. cit., pág. 20.
- 3) Ibid., pág. 22 y ss.
- 4) Cf. Ramón Tamames, "¿Planea la sombra de 1929 sobre 1987?", *Diario ABC*, Madrid, 21-10-87.
- 5) Cf. J.K. Galbraith, *El gran crac*, Ed. Ariel, Barcelona, 1983, pág. 243.
- 6) Cf. Thomas Wilson, *Fluctuations in Income and Employment*, Basic Books, New York, 1975, pág. 143.
- 7) Vid. J.K. Galbraith, op. cit., pág. 131.
- 8) Ibid., pág. 132.
- 9) Ibid., pág. 159.
- 10) Ibid., pág. 254.
- 11) Cf. S.B. Clough, *La evolución económica de la civilización occidental*, 4ª ed. Omega, Barcelona, 1975, pág. 472.
- 12) Cf. Dudley Dillard, *La Teoría Económica de J.M. Keynes*, Aguilar, Barcelona, 1962, pág. 301.
- 13) Vid. J.M. Keynes, *The General Theory...*, op. cit., pág. 370.
- 14) Vid. Dudley Dillard, op. cit., pág. 303.
- 15) Vid. J.M. Keynes, op. cit., pág. 380.
- 16) Ibid., pág. 372.
- 17) Ibid., pág. 372.



- 18) Cf. W. Abendroth y K. Lenk, *Introducción a la ciencia política*, Editorial Anagrama, Barcelona, 1971, pág. 91.
- 19) Cf. K.C. Wheare, *Las Constituciones Modernas*, Nueva colección Labor, Barcelona, 1971, pág. 85.
- 20) Vid. S.B. Clough, op. cit., pág. 475.
- 21) Vid. K.C. Wheare, op. cit., pág. 75.
- 22) Cf. Ch. Beard, *Una interpretación económica de la Constitución de los Estados Unidos*, Editorial Arayú, Buenos Aires, 1950, pág. 324.
- 23) Vid. K.C. Wheare, op. cit., pág. 75.
- 24) Cf. R. García Cotarelo, "El régimen económico y social de la Constitución española, (Coord. Tomás Fdez. Rodríguez) Facultad de Derecho, UNED, Madrid, 1978, pág. 71.
- 25) Relativo a la empresa pública y a las nacionalizaciones, siempre fue muy intenso el debate. Véase al nº 9 de la *Revista Libre*, 1978, monográfico de "El Estado empresario", especialmente el trabajo de C. Gasoliba, "*Las nacionalizaciones en Europa*".
- 26) Cf. F. Böhm, *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*, Duncker Humblot, Tubinga, 1950. V. Eucken, *Wirtschaftspolitik*, 2ª ed. J.C.B. Mohr, Tubinga, 1950.
- 27) Entre las numerosas obras sobre el tema, pueden consultarse: V. Eucken, *Cuestiones Fundamentales de Economía*, Revista de Occidente, Madrid, 1947. *Fundamentos de Política económica*, Rialp, Madrid, 1956. R. Guerrero del Río, "La Constitución económica", Boletín mensual del Banco Central de Chile, febrero de 1979, pág. 197-1. J. Hernando Delgado, *La intervención pública de empresas privadas*, en ob. col. Homenaje a José Antonio García Trevijano, IEAL, Madrid, 1982. H. Herrero de Miñón, "Economía libre y Constitución" en *Actualidad económica*, 9-12-1978. Libertini, *La costituzione económica*, Cedam, Padova, 1977.
- 28) Cf. I. Lujendio e Irure, "Derecho Constitucional económico", en *Constitución y Economía*, Centro de Estudios y Comunicación Económica, Madrid, 1977, pág. 82.

- 29) Cf. Beckerath, *Politische und Wirtschaftsverfassung*, Verlag von J.C.B. Mohr, Tubinga, 1932.
- 30) Vid. I. Lojendio e Irure, op. cit., pág. 83.
- 31) Cf. A. Torres del Moral, *Principios de Derecho Constitucional Español*, Ediciones Atomo, Madrid, 1985, pág. 291.
- 32) Cf. M. García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 1977, pág. 55.
- 33) Ibid., pág. 56.
- 34) Cf. J.I. Font Galán, "Notas sobre el Modelo Económico de la Constitución Española", en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 152, Abril-Junio, Madrid, 1979, pág. 205.
- 35) Cf. H. Kruger, *Allgemeine Staatslehre*, W. Kolhammer Verlag, Stuttgart, 1966.
- 36) Cf. H. Ehmke, *Grenzen der Verfassungsänderung*, Duncker Humblot, París, 1967.
- 37) Vid. F. Böhm, op. cit., pág. 226.
- 38) La "economía social de mercado", en su genuina versión liberal tuvo su origen en la escuela de Friburgo, allá por los años treinta. Las obras clásicas de neoliberalismo germano, son: W. Eucken, *Fundamentos de política económica*, Revista de Occidente, Madrid, 1956. L. Erhard, *Bienestar para todos*, Omega, Madrid, 1961. W. Röpke, *La crisis social de nuestro tiempo*, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1956. Y, A. Müller Armack, *Economía dirigida a economía de mercado*, Revista de Occidente, Madrid, 1963. (Fue el primero en emplear la expresión "economía social de mercado").
- 39) Como señala P. Lucas Verdú, *Curso de Derecho Político*, Vol. III, Tecnos, Madrid, 1977, pág. 80. W. Röpke se precia de haber recogido la herencia liberal en el campo económico social, acomodándola a los nuevos tiempos.
- 40) Cf. H.C. Mipperdey, "Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz", *De Grundrechte*, Tomo IV, 2, 1973.

- 41) Aparece aquí la vinculación con lo tratado en el Tema II sobre derechos fundamentales, derechos económicos y normas, y sus respectivas eficacias. A los epígrafes 2 y 2.7. nos remitimos.
- 42) Vid. P. Lucas Verdú, op. cit., Vol. II, pág. 423.
- 43) Cf. A. Padilla Serra, "El poder ejecutivo y la ordenación económica" en *Constitución y Economía*, op. cit., pág. 198.
- 44) Cf. U. Scheuner, *Die Staatliche Intervention in Bereich der Wirtschaft, Vereinigung der deutschen Staatsrechts lehrer*, cuaderno 11, Berlín, 1954, págs. 20 y 21.
- 45) Cf. F. Galgano, *Trattato di Diritto commerciale e di Diritto publico dell'economia*, Vol. I, Cedam, Padova, 1977, pág. 511. Ghidini, *Slealtà della concorrenza e costituzione economica*, Cedam, Padova, 1978.
- 46) Cf. J.F. Duque Domínguez, "Iniciativa privada y empresa", en *Constitución y Economía*, op. cit., pág. 52.
- 47) Véanse del mismo autor: "Consideraciones sobre el modelo económico del Anteproyecto de Constitución", en *Sal Terrae*, febrero, 1978, "Constitución económica y derecho mercantil", en la ob. col. *La reforma de la legislación mercantil*, Civitas, Madrid, 1979.
- 48) En esta Constitución se advierte el impacto socializante antes que en Europa, e incluso tiene vinculaciones hispánicas en algunas de sus instituciones, como el procedimiento de amparo. Véase: *Constitución de los Estados Mexicanos. Con sus adiciones y reformas del 31 de diciembre y un índice analítico de materias*, Edición de la Cámara de Diputados, México, 1961. Y, José Belmonte Díaz, *Principios socioeconómicos del constitucionalismo iberoamericano*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1976.
- 49) Cf. Jorge Carpizo, *La Constitución Mexicana de 1917*, F.C.E. México, 1972, pág. 22.
- 50) Sobre el juicio de amparo, existe una vasta literatura: M. Capelletti, *Amparo*, Ed. D. II, Milano, 1958. I. Burgoa Orihuela, *El juicio de amparo. Doctrina, textos y jurisprudencia*, 35ª ed. F.C.E. México, 1978. H. Fix

- Zamudio, "El Colegio Nacional, México, 1977. Idem, *El derecho de amparo en México y en España. Su influencia recíproca*, REP, México, 1979, pág. 227. I. Burgoa Orihuela y A. Noriega Cantú, "El juicio mexicano de amparo y su relación con recursos similares latinoamericanos", en varios autores: *Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, F.C.E. México, 1977.
- 51) Cf. M. Duverger, *Instituciones políticas y Derecho Constitucional*, Ed. Ariel, 6a Ed. Barcelona, 1984, pág. 598.
- 52) Sobre la efectividad de los Derechos en los países latinoamericanos, véase de P. Enrique Haba, *Tratado Básico de Derechos Humanos*, 2 Vols., Editorial Juricentro, San José de Costa Rica, 1986.
- 53) Vid. A. Posada, op. cit., pág. 256.
- 54) Sobre Hungría puede verse: Bela Szantó, *La revolución húngara de 1919*, Grijalbo, Barcelona, 1977.
- 55) Vid. S.B. Clough, op. cit., pág. 78.
- 56) Cf. R. García Cotarelo, *Teoría del Estado y Sistemas Políticos*, UNED, Vol. II, Madrid, 1986, pág. 106.
- 57) Ibid., pág. 69.
- 58) Además de la bibliografía ya citada nos remitimos a las obras de G. Badía, H. Weber, S. Miller, G. Sandoz, etc.
- 59) La Ley Fundamental de Bonn, de 23 de mayo de 1949, apenas representa innovación respecto al contenido dogmático de la Constitución de Weimar, aunque el art. 1 párrafo 3, afirma: "Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de derecho directamente aplicable".
- 60) Es vastísima la bibliografía sobre el Estado de Bienestar. Véase: R. Mishra, *Society and Social Welfare : Theoretical Perspectives on Welfare*, Macmillan, 1977. Londres, H. Wilson, *Welfare and the crisis*, en la revista *New Left Review*, nº 122, verano, 1980. J. O'Connor, *The fiscal crisis of the State*, St. Martin Press, New York, 1973. H. Hay, *The origins of the Liberal Reforms 1906-1914*, *Studies in Economic and*

Social History, (Macmillan, 1975). Rimlinger, *Welfare Policy and Industrialisation in Europe, America y Rusia*, (Wiley, 1971). J. Saville, "The Welfare State : an historical approach", *New Reasoner*, 3, invierno, 1957-58. I. Gough, "State expenditure in advanced capitalism", *New Left Review*, 92, 1975, acción. I.B. Stein, *Work and Welfare in Britain and USA*, Macmillan, 1976. Virgilio Zapatero Gómez, "Tres visiones sobre el Estado de Bienestar", *Revista Sistema*, nº 79-80. Josep Picó y López, "Teorías sobre el Welfare State", *Revista Sistemas*, 79-80. R. García Cotarelo, "Origen y desarrollo del Estado de Bienestar". Ludolfo Paramio, "La crítica marxista al Estado de Bienestar", y Vicens Navarro, "El Estado de Bienestar y sus efectos distributivos. Parte del Problema o parte de la solución", todos estos trabajos están incluidos asimismo en la *Revista Sistema*, nº 80-81. G. Offe, *Contradictions of the Welfare*, ed. J. Keane, Hutchinson, London, 1984.

- 61) Vid. G. Dalton, op. cit., pág. 108.
- 62) Véase: W. Robson, *Welfare State and Welfare Society*, Allan and Unwin, London, 1976. J. Moix Martínez, "¿Hacia el Postwelfarismo?", *Revista de Estudios Políticos*, nº 213-216, 1977. L. Panitch, *Trade Unions and the capitalist State : Corporatism and its contradictions*, Working Papers Series, nº 6, University of Toronto, 1976.
- 63) Vid. R. García Cotarelo, *Del Estado de Bienestar al estado de Malestar*, CEC, Madrid, 1986, pág. 88.
- 64) Sobre la política económica en concreto véase: Elmar Alvater, "Estado y capitalismo. Notas sobre algunos problemas de intervencionismo estatal", *Cuadernos Políticos*, nº 6, 1976. J. Holloway y S. Picciotto, (EDS.), *The State and Capital : a Marxist Debate*, (Edward Arnold 1978). W. Mulles y C. Neuss, "The illusions of state socialism and the socialism and the contradictions between wage-labour and capital", *Telos*, Otoño, 1975. H.R. Sonntag y Héctor Valdecillos, *El Estado en el capitalismo contemporáneo*, México, Ed. Siglo XXI, 1983. R. Titmuss, *Commitment to Welfare*, 4 th. ed. Allen, Unwin, London, 1974.
- 65) Véase además de las obras citadas de G. Rimlinger, D. Fraser, J. Stevenson, *Social conditions in Britain between the wars*, Penguin, London, 1977. A. Halsey,

*Friends in Brithish Society since 1900*, Macmillan, London, 1972. P. Flora y A.J. Heidenheimer, *The development of Welfare States in Europe and America*, Macmillan, London, 1988.

- 66) Sobre política de nacionalizaciones en Gran Bretaña, Italia y Alemania, véase en C. y J. Friedrich, *Gobierno Constitucional y democracia*, Vol. II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, págs. 443 y ss. C. Gasoliba, "Las nacionalizaciones en Europa", *Libre Empresa*, nº 9, 1971. E. Luch, "Los socialistas y las nacionalizaciones", en *Libre empresa*, nº 9, nov.-dic., 1978.
- 67) Vid. R. García Cotarelo, *Del Estado del Bienestar...*, op. cit., pág. 99.
- 68) *Ibid.*, pág. 100.
- 69) Cf. Gunnar Myrdal, *Beyond the Welfare State*, Yale University Press, New Haven, 1960.
- 70) Vid. R. García Cotarelo, op. cit., pág. 120.
- 71) *Ibid.*, pág. 121.
- 72) Vid. R. García Cotarelo, op. cit., pág. 182.
- 73) Cf. H. Frankel, *Capitalist Society and Modern Sociology*, Macmillan, Londres, 1986, pág. 255.
- 74) Cf. Pco. Galgano, *Las instituciones de la economía capitalista*, Fernando Torres, Valencia, 1980, pág. 6.
- 75) Véase: P. Sweezy, *Teoría del desarrollo capitalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1945. Véase además: *El marxismo y el futuro*, Ed. Crítica, Barcelona, 1989. P.A. Baren, *The political economy of growth*, Monthly Review Press, New York, 1957. *El capital monopolista*, Siglo XXI, México, 1974.
- 76) Cf. J. O'Connor, *La crisis fiscal del Estado*, Ed. Península, Barcelona, 1981.
- 77) Vid. R. García Cotarelo, op. cit., pág. 190.
- 78) Vid. R. García Cotarelo, *Del Estado de Bienestar...*, op. cit., pág. 190.

- 79) Cf. Ian Gough, *Economía Política del Estado de Bienestar*, Bluma Ediciones, Madrid, 1982, pág. 34.
- 80) Vid. I. Gough, op. cit., pág. 86.
- 81) Ibid., pág. 86.
- 82) Dentro de la corriente del neoliberalismo, en su aspecto radical tiene su epicentro en la escuela de Chicago cuya cabeza rectora es Milton Friedman. Dos obras relevantes son: *Capitalismo y libertad*, Rialp, Madrid, 1966; y *Libertad de elegir*, Grijalbo, Barcelona, 1966.
- 83) Vid. R. García Cotarelo, op. cit., pág. 195.
- 84) Véase J. Strachey, *El capitalismo contemporáneo*, FCE, 1974.
- 85) Cf. F. Edwald, *L'Etat providence*, Bernat Grasset, D.L., París, 1986.
- 86) Cf. Ch. Murray, *Losing Ground, American Social Policy*, Basic Books, New York, 1980.
- 87) Cf. G. Orwell, *Animal Farm*, University Press, Oxford, 1984.
- 88) Vid. R. García Cotarelo, op. cit., pág. 207.
- 89) Sobre el problema de la crisis de legitimidad, véase entre otras numerosas obras: Anales de Filosofía Política, número monográfico dedicado a *L'idée de légitimité*, P.U.F., París, 1967. Claus Offe, "Political legitimation through majority rule", *Social Research*, 50, nº 4 (Winter), 1983, 709-56. Alan Wolfe, *Los límites de la legitimidad, Las contradicciones políticas del capitalismo contemporáneo*, (1977, trad. cast.), México, Ed. Siglo XXI, 1980. J. Habermas, *Legitimation crisis*, London, Heineman, 1976. J. Holloway y S. Picciotto, "Capital, crisis and the State", *Capital and Class*, nº 2, 1977. W. Bobbio, C. Offe y S. Lombardini, *Democrazia, maggioranza e minoranze*, Il Mulino, Bologna, 1981. D.O. Friedrich, "The legitimacy crisis in the United States", *Social Problems*, 27, nº 5 (June), 1980, 540-55. R. Dahrendorf, *Oportunidades vitales, Notas para Una teoría social y política*, Espasa Calpe, Madrid, 1983. R. Morodo,

*Constitución, legalidad y legitimidad*, Boletín de  
Derecho Público, nº 26, Madrid, 1962.

- 90) Vid. R. García Cotarelo, op. cit., pág. 90.



## V. JUECES Y CONSTITUCION

## INTRODUCCION

Hasta ahora en el desarrollo de nuestro trabajo hemos analizado en primer lugar cómo un aspecto concreto de la realidad política, las revoluciones, inciden en los textos constitucionales, a los que transforman, derogan, suspenden, o hacen desaparecer.

En segundo lugar hemos tratado sobre cómo los cambios políticos, gobiernos de hecho, revolucionarios o ilegales, influyen en los Textos Constitucionales, produciendo efectos similares a los anteriormente citados: suspensiones, derogaciones, reformas, su desaparición, o incluso nuevas Constituciones.

En tercer lugar, hemos resaltado la importancia de los factores económicos en los Textos Constitucionales, como una prueba más de la influencia de la realidad sobre la suprema norma. Todo ello nos obliga a considerar los sistemas políticos en la medida en que cuentan con los dos aspectos de un todo dialógico, de realidad y normas, como algo necesitado de un mecanismo de mediación. Esto es, sabemos que los hechos influyen sobre las normas y hemos visto cómo; sabemos también cómo las normas influyen sobre los hechos. Igualmente hemos citado los mecanismos de revisión y transformación de uno y otro aspecto a través de la reforma constitucional. Ahora hemos de destacar la función que cabe a los elementos que aprecian esta relación mutua y determinan su alcance, es decir los jueces.

Todos estos estudios nos conducen al tema de este capítulo, que pretende establecer cómo los jueces, que son los que aplican las leyes, contribuyen e influyen en que las Constituciones, leyes supremas, sean textos vivos y reales, y que mantengan su adecuación a la realidad cambiante.

Como introducción al tema, partiendo del principio clásico de separación de poderes, nos referiremos a la evolución y situación actual de los poderes del Estado, deteniéndonos en la función de los jueces. Trataremos sobre cómo en su actuación, y dependiendo incluso de cuál sea el sistema de acceso a la Judicatura, inciden decisivamente en la aplicación de la Constitución a la realidad, ya que actúan de nexo entre normas y hechos, pues al aplicar las leyes, mediante la interpretación, crean derecho y modifican el ordenamiento.

A continuación, vamos a examinar la actuación de la jurisdicción constitucional en relación con los poderes del Estado en cada una de las funciones que le son propias, desde el punto de vista de la máxima operatividad de la Constitución, y hasta qué punto llega el conflicto entre lo político y lo judicial; lo que se ha dado en llamar "judicialización de la política" y "politización de la justicia". Asimismo pretendemos relacionar la influencia de la politización en la función de intérprete máximo constitucional que ejercen los Tribunales constitucionales, con su jurisprudencia y sus efectos transformadores de texto y de la realidad. Todo ello tiene además una importancia fundamental en el logro de la máxima efectividad de la Constitución, como avala el ejemplo del veterano texto

constitucional de Estados Unidos, así como en el mantenimiento del diálogo de realidad y ordenamiento.

## 1. JUICES Y DERECHO

### 1.1.- INTRODUCCION

A lo largo de siglo y medio ha habido una evolución en cómo se ha plasmado en la realidad el principio de separación de poderes, y también se han registrado cambios en la posición de supremacía de un poder sobre los otros dos. En algunos países se reconocieron, (incluidos los Estados Unidos), momentos inevitables de conexión y colaboración entre los tres "poderes", que en cuanto estructuras organizadas se concibieron equiparados. Las funciones que se les asignaban tenían igual dignidad, pero en la práctica apareció de modo más o menos racional, la preeminencia del poder que asumía la función de orientación política y de coordinación entre los diferentes "poderes del Estado". Así, se restableció en el ámbito político, y a veces también en el campo jurídico-constitucional, una jerarquización entre ellos con independencia de las funciones que se les atribuía: prevalencia de la Asamblea y del ejecutivo en las formas del Gobierno parlamentario; oscilación entre Congreso y Presidente en la forma del gobierno llamado presidencialista.

En el Estado de Derecho, el Parlamento se sitúa en la cúspide de la construcción constitucional. El Parlamento es la pieza clave, encarna la soberanía nacional y mediante las leyes que

emana, se organiza la comunidad. Pero en el Estado Social, ya no se puede predicar esa supremacía parlamentaria; el Parlamento aun siendo órgano supremo, ve su competencia limitada de hecho. En opinión de García Cotarelo, estos límites, a los que denomina parlamentarismo racionalizado, "suelen justificarse por dos tipos de razones:

- a) razones de estabilidad.
- b) razones de rapidez.

Ambas suelen esgrimirse para demostrar la conveniencia de tolerar un parlamentarismo recortado en pro de la eficacia gestora del Estado. Es evidente que el Estado de Bienestar es sólo eficaz cuando actúa de modo diligente y sin grandes cortapisas jurídicas; lo malo es que entonces, el gobierno y la administración tienden a ignorar el principio de legalidad y a incurrir en arbitrariedad, lo que a la larga merma la fuerza del Estado de Derecho".

El Estado moderno de Bienestar fue, sobre todo en su origen, creación de tarea legislativa, pero en determinada etapa los Parlamentos quedan desbordados y ceden parte de su labor al ejecutivo y a los cuerpos administrativos, que garantizan la ejecución de los programas previstos. Consecuencia de todo ello es que el órgano legislativo puede correr riesgo de presión por parte del ejecutivo, al emitir leyes que sean en realidad medidas particulares y por otro lado, la acusada tendencia del gobierno a regular por vía reglamentaria plantea problemas de injerencia en la actividad legislativa, al igual que la práctica de la

legislación delegada. Como motivo de la actividad normativa del gobierno se suele invocar la efectividad, sagrada causa que mueve al gobierno a actuar, al estar más próximo a los problemas, tener más medios para realizar tal legislación y ser su gestión en este campo más ágil. También se aduce la falta de competencia técnica del Parlamento, por la complejidad de las materias.

R. García Cotarelo hace notar: "Esta delegación legislativa probablemente sea el punto más problemático de toda la práctica constitucional del Estado de Bienestar. Entre otras cosas y sin exageración puede decirse que, una actividad legislativa del gobierno que interprete en sentido conservador los términos de la norma de delegación, puede iniciar un proceso de transformación en una democracia autoritaria"<sup>3</sup>.

Resulta evidente la trascendencia de esta actividad normativa del gobierno, ya que sus efectos pueden ocasionar transformaciones de la realidad, todo ello partiendo del supuesto de la no preponderancia del Parlamento. Como nota más generalizada del Estado Social hay que resaltar la situación de primacía del poder ejecutivo, es decir, una situación que tiende a ignorar la división de poderes. Véase que el Presidente de los Estados Unidos, el caso más representativo, tiene una posición de supremacía en el contexto de los famosos *checks and balances* de su texto constitucional, e igual podría citarse países europeos, como Francia y Alemania. El desencanto que hoy existe respecto a la legislación como cura de los males de la sociedad y el riesgo de que la actividad del Parlamento por la situación de preponderante del ejecutivo sea el mero desarrollo en normas

jurídicas del programa que ha mantenido el gobierno, son razones que favorecen precisamente el crecimiento del poder judicial, mediante el cual se hacen ejecutivos los límites constitucionales e incluso supranacionales frente a la voluntad que (una vez fuera absoluta) de los legisladores<sup>4</sup>.

Es decir se trata de prever posibles actuaciones antidemocráticas del poder ejecutivo mediante una conveniente delimitación jurídica de su ámbito, que sin afectar a su protagonismo portega al mismo tiempo, derechos y libertades.

Y es en este contexto donde aparece destacada la función del Poder Judicial que al aplicar las leyes actúa de nexo entre normas y hechos concretos, de instrumento de adecuación del ordenamiento a la realidad y de mediador entre la potencialidad transformadora que tengan las normas y su realización exacta.

Se plantea así el problema de, si visto el relativo fracaso legislativo para llevar a cabo los objetivos de justicia que programa el Estado de Bienestar, se podrían alcanzar mejores resultados a través de la actividad judicial<sup>5</sup>. Evidentemente depende de los casos concretos que se examinen, de la línea de actuación que el Poder Judicial siga, y de su politización como veremos más adelante. Mauro Cappelletti sugiere una respuesta positiva, considerando entre otras cosas que los jueces son menos vulnerables a las presiones ejercidas por los grupos locales y de interés, presiones a las que son bastante sensibles los políticos elegidos, y debido a lo cual el concepto de "welfare" degenera a menudo en demagogia e injusticia<sup>6</sup>.

Precisamente el problema de la politización de los jueces, de cómo su actuación supera la aplicación del ordenamiento y lo que ello implica en el proceso de que las Constituciones, cumbre de las normas jurídicas, sean operativas, es uno de los aspectos que desarrollaremos en este capítulo.

## 1.2.- EVOLUCION HISTORICA DEL PODER JUDICIAL

En una visión general de la evolución de la posición del Poder Judicial respecto a los otros poderes, se puede establecer que arranca desde las tendencias que han negado la consideración del Poder Judicial como tal, es decir, como tercer poder independiente, presentándolo como dependiente del ejecutivo, o incluso del legislativo, hasta posiciones actuales que lo consideran situado en posición de supremacía, como poder de control del legislativo y ejecutivo.

Los revolucionarios franceses, recordando los abusos de los Parlamentos judiciales del "ancien régime" resolvieron de forma radical la labor del Poder Judicial. Como dice Luis Mosquera: "...sustrajeron a los jueces el poder de interpretar las leyes, atribuyéndolo al propio Parlamento, mediante el "referé legislatif" con lo que neutralizaron cualquier posibilidad de que en el momento de su aplicación al caso concreto, pudieran aquéllos desvirtuar o tergiversar la voluntad general que las leyes expresaban. Era la consagración del Juez "mecánico", de un Juez cuya única función habría de ser la de aplicación directa y sin matizaciones del texto preciso y concreto de la ley"<sup>7</sup>.



Por otro lado, el afán igualitario y democratizador revolucionario produjo el sistema de elección de los jueces, apoyándose en la idea de que el Poder Judicial en cuanto manifestación de la soberanía, derivaba del pueblo. De esta forma, se pensaba en el sistema de elección como una garantía de su independencia en relación con el Poder Ejecutivo, aunque la idea central, era democratizar dicho poder y sustituir el poder absoluto del Rey por el de la ley, y separarlo de los demás poderes. Esto se recoge en las primeras Constituciones revolucionarias, que establecen que el Poder Judicial, no podrá ser ejercido, en ningún caso, ni por el cuerpo legislativo, ni por el Rey, (art. 1 de la Constitución de 3 de Septiembre de 1791).

Pero pocos años más tarde, el artículo 42 del Código Civil de Napoleón, dispuso que el Juez que rehusase juzgar bajo pretexto de obscuridad o insuficiencia de la ley podría ser acusado de denegación de justicia. Este precepto que fue acogido en la mayor parte de los países europeos, viene a ser el texto que establece el papel y funciones del Poder Judicial, y supone la primera quiebra del dogma del absolutismo y plenitud de la ley, ya que al devolver a los jueces el poder de interpretar las leyes, le da su dimensión completa. Teniendo en cuenta que la creciente tecnificación hizo imposible la continuidad del sistema de elección popular de los Jueces, fue necesario crear un cuerpo profesional, cuya administración y gobierno quedó atribuido al Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Justicia. Como se ve, aunque la argumentación de este hecho fue la separación de

poderes, aparece en teoría ensombrecida la independencia de los jueces.

Como dice Luis Mosquera: "Pretenden fundamentar en la teoría de la separación de poderes la retención por el Ejecutivo de la función de gobierno del Poder Judicial fue una de las más llamativas falacias de la doctrina del Estado de Derecho liberal, en cuanto que con ello se justificaba, pura y simplemente su dependencia del Ejecutivo..."<sup>2</sup>.

Y es que resulta necesario señalar que una cosa es la separación de poderes, y otra su independencia, y ha sido un grave error vincularlas, dando por sentado que la independencia del Poder Judicial<sup>3</sup> quedaba garantizada mediante la separación de la función judicial de las otras funciones primarias, y considerando la función del gobierno sobre el Poder Judicial, como una función primaria atribuida al Poder Ejecutivo.

Juristas y teóricos del positivismo monista y legalista, siguiendo el conocido planteamiento de Montesquieu sobre los jueces, negaron al Poder Judicial tanto su facultad de crear Derecho, como su poder de control sobre otros poderes. Autores de diferentes países, Hauriou, Geny, Bonnetcase, Ripert, Barthelémy en Francia, Rocco, Jemolo, Calogero en Italia, y Laband y C. Mayer en Alemania<sup>4</sup>, han prolongado esta tesis clásica que realmente en nuestro tiempo, y en la realidad constitucional más frecuente no encuentra ya apoyo alguno.

Cuando el movimiento constitucional se consolida en Europa, la preocupación fundamental, frente a la de democratizar la función judicial que tuvieron los revolucionarios franceses, es la de lograr una posición del Poder Judicial conforme a las nuevas perspectivas y propia doctrina de la separación de poderes, tratando de encontrar fórmulas que neutralicen la mediatización por el Poder Ejecutivo.

Realmente bajo el esquema del Estado de Derecho liberal, no se llegó más que a limitaciones al Ejecutivo. Es en el marco de la configuración constitucional del Estado de Derecho social y democrático, cuando se produce la ruptura con el sistema anterior, sustrayendo al Poder Ejecutivo, en mayor o menor grado según las respectivas formulaciones, la función del gobierno sobre el Poder Judicial, y atribuyéndola a un órgano especial previsto en la Constitución, aunque como veremos más adelante, en cada país, además de variaciones en el nombre del órgano, también tiene rasgos propios.

En la actualidad, en el Estado del Bienestar, el Poder Judicial en este proceso evolutivo que comentamos, ha alcanzado una posición de supremacía en tanto que es poder que controla en cierta forma al poder ejecutivo mediante el procedimiento contencioso-administrativo, y al legislativo, por medio del control de constitucionalidad de las leyes, e invade su esfera en tanto que se le reconoce una cierta función legisladora, o innovadora de derecho a través de la jurisprudencia. Esta determinada actividad no es plenamente aceptada por todos los autores, pero entre los defensores se pueden contar: Bulow,

Rumelin, Forsthoff, Bachof y Zittelman, en Alemania; Carré de Malberg, Dabin, Warty, Villey, en la doctrina francesa; Santi Romano en Italia; y en España, autores como De Buen, Manresa, D'Ors y Recasens Siches<sup>11</sup>.

Se habla de "usurpación", de la judicialización del Estado del desbocamiento del tercer poder, etc., y con ello se expresa una realidad. El esquema tradicional del Estado de Derecho, el imperio de la ley y la sumisión de los jueces a ella, ya no puede ser entendida al modo clásico, pues evidentemente el juez, en mayor o menor grado hace política, y su actividad reviste aspectos políticos<sup>12</sup>. La superación de la función que Montesquieu atribuía a los jueces de represiva y garantizadora, ejecutiva pero secundaria, se produce a partir de la reflexión que Kelsen elabora en su *Teoría General del Derecho* y que afirma que no es cierto que los Tribunales tengan solamente que encontrar y enunciar un Derecho previamente creado, que está totalmente terminado.

Como señala Peces Barba, toda esta evolución en la que se ha producido una potenciación de la función judicial, es un ejemplo de la mayor interinfluencia del sistema anglosajón y del sistema continental. En este caso concreto, se comprueba la asunción por el sistema continental de la importancia del Derecho judicial anglosajón, y viceversa, por el *Common Law* del Derecho legal continental<sup>13</sup>. Al mismo tiempo el análisis científico de la posición del Poder Judicial con respecto a los otros poderes, que ha ido variando desde dicha separación rígida al estado de semidependencia o de interacción rígida a la situación de

semidependencia o de interacción, refleja la relación o tensión existente entre la teoría política, -que con la técnica constitucional fija la situación de los poderes-, y la realidad política existente en cada momento histórico.

Por otro lado el análisis del Poder Judicial desde la perspectiva política es fundamental, ya que nos muestra en muchos casos la sólo relativa separación de poderes y la interacción que en realidad existe entre ellos. Basta observar cómo el sistema de acceso a la judicatura puede ser un factor de instrumentación política.

Por ello es de máximo interés examinar seguidamente la interacción entre los poderes políticos y el Poder Judicial, pero especialmente en el aspecto de su proyección en la realidad y cómo sus efectos y consecuencias han sido de fundamental importancia en la historia reciente.

## 2. JUECES Y PODER POLITICO

Fundamental y característico del Estado liberal es que el Poder Judicial se articula con independencia del poder Político, entendiéndose por ello una ausencia de injerencia en la administración de justicia realizada en el examen de casos concretos sometidos a los jueces, pero no se excluye una precisa subordinación del Poder Judicial a las directrices políticas generales fijadas en la Constitución y las leyes. El principio de la subordinación del juez a la ley, está recogido en numerosos

textos constitucionales al mismo tiempo que se expresa la independencia del Poder Judicial de los otros poderes. Pero una vez más, el ámbito de lo que se establece que debe ser, de lo que se afirma en un texto constitucional, no se corresponde exactamente con lo que es realidad concreta.

La afirmación de la independencia de la justicia es sólo uno de los postulados antimonárquicos de la época del establecimiento del Estado burgués de Derecho anterior a la revolución de 1848<sup>14</sup>. Para poder cumplir su tarea de garantizar las libertades burguesas la justicia tenía que ser independiente en la mayor medida posible del poder del soberano. El planteamiento inicial de la independencia judicial ha cambiado su enfoque al producirse en el período del postconstitucionalismo la reconciliación entre burguesía y monarquía.

Actualmente se puede afirmar que con la concepción del Estado de Derecho democrático y social del período posterior a 1945 y la transferencia a la justicia de la función de mediación entre el ordenamiento y la realidad, es decir, entre el principio del Estado de Derecho, el Estado Social, y la realización práctica del principio democrático de igualdad y libertad, se ha desvanecido en gran parte la sustancia del dogma de la independencia de los jueces.

Pero abandonando el enfoque dogmático del principio de independencia y centrando la observación en la realidad, ésta nos proporciona múltiples ejemplos del distanciamiento entre teoría y

hechos concretos. Veamos por ejemplo la actuación de los jueces alemanes partiendo de la Constitución de Weimar hasta 1933.

El artículo 102 de la Constitución establece: "Los jueces son independientes y están sujetos únicamente a la ley". Una afirmación de significado incontrovertible pero que los hechos se encargaron de demostrar cuán relativo era su valor. Todo lo referente a los jueces de la República de Weimar ha de retrotraerse a la justicia de la época guillermina, pues salvo algunos ceses o jubilaciones, los jueces continuaron una actividad que incluso posiciones moderadas califican como un claro boicot a la primera democracia alemana.

Se puede afirmar que en esta etapa tiene lugar una "justicia política", entendiendo por ella el trato desigual de los ciudadanos por parte de la justicia por razones políticas. Es indiscutible, e incluso lo era para los contemporáneos que la judicatura de la República de Weimar mostraba una actitud hostil hacia el nuevo Estado, por diversas y complejas razones entre las que no es definitiva, los reparos de los jueces como servidores de la justicia al carácter supuestamente ilícito del nuevo Estado instituido mediante una revolución. Pero nuestro análisis se cnetra en cómo en la realidad se produjo esa actitud política de los jueces y su carencia de independencia.

Las críticas a la tendencia de actuación de la judicatura de Weimar estaban generalizadas. Si bien los partidarios de ella echaban en falta la conciencia democrática, los disidentes echaban de menos la conciencia nacionalista antidemocrática. Y así

fue posible la situación de 1933, en que la mayoría de los jueces del Tercer Reich<sup>16</sup> sirvió a los nuevos dirigentes sin prácticamente ninguna clase de protesta.

Las asociaciones judiciales alemanas tuvieron una gran participación en la transferencia de la justicia de Weimar al Estado hitleriano. El consejo de la presidencia de la federación judicial alemana (Deutscher Richterbund) hizo en fecha 19-3-1933 una declaración en la cual ponía toda su confianza en Hitler constatando que el juez alemán había sido siempre nacional y consciente de su responsabilidad. Y en junio de 1933 tuvo lugar la integración corporativa de todas las asociaciones judiciales en la federación<sup>17</sup> de juristas alemanes nacionalsocialistas (B.N.S.D.J.). Los puntos claves de la eliminación de la independencia judicial son bien conocidos.

Por un lado el Estado totalitario había acabado con el principio liberal de separación de poderes, implantando de nuevo en su lugar el principio de la unidad del poder gubernamental. La independencia del juez había perdido su sentido, y el juez tenía la obligación de reflejar en su decisión los principios de la dirección del Estado.

Por otra parte el Estado nacionalsocialista había modificado la posición del juez respecto a la ley, que quedaba sujeto al ordenamiento concreto extralegal y supeditado al orden jurídico manifestado en la persona del Führer (principio de caudillaje). La superación de este período y las experiencias sufridas llevan



a concluir que la independencia como afirmación no ofrece ninguna garantía para una justicia adecuada y ajustada a la Ley.

Como afirma García de Enterría, el fracaso del sistema weimariano de justicia constitucional, (especialmente visible en el famoso juicio de 1932 sobre el llamado "golpe de Estado" del Reich contra Prusia de Von Papen, legitimado en las Ordenanzas presidenciales autorizadas por el famoso art. 48 de la Constitución), impulsó a la República Federal alemana surgida de esta segunda postguerra, sensibilizada por la "perversión del ordenamiento jurídico" <sup>10</sup> cumplida en el nazismo, a adoptar aunque con importantes variantes, el sistema Kelseniano.

Actualmente, la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania establece en el art. 97, el mismo texto que el art. 102 citado de Weimar. Pero no queda en el olvido la experiencia vivida y cómo a pesar de articulados, los jueces que aplicaron las leyes del Estado totalitario no habían sido jueces independientes, sino políticos y dependientes, que pervirtieron el orden jurídico y en numerosas ocasiones conculcaron Derechos Fundamentales. Todo ello ha influido en que se diseñe en la Ley Fundamental la defensa del orden constitucional establecido, y se confíe al Tribunal Constitucional Federal el control mínimo de la actuación de los agentes políticos encargados de realizarlo. El artículo 21 de la Ley Fundamental es una vía de acción contra partidos radicales que atenten contra el orden constitucional, pero por otra parte la Ley ha de garantizar las medidas que impidan el abuso de este proceder. Por ello el texto constitucional confiere el control eminentemente "político" al

Poder Judicial". Hasta la fecha el Tribunal Constitucional Federal ha utilizado dos veces este procedimiento, contra el partido de extrema derecha S.R.P. en 1951/52, y por segunda vez en 1956 contra el Partido Comunista, K.P.D. Los dos partidos fueron declarados anticonstitucionales, y como procedimiento complementario de defensa del orden constitucional puede considerarse el art. 18, referente al posible ejercicio abusivo de los derechos fundamentales que la Ley reconoce al individuo, en contra del ordenamiento democrático y libre.

Evidentemente en toda esta construcción constitucional es innegable la influencia de los hechos ocurridos años antes y responde a la idea de evitar y prevenir cualquier situación similar a la pasada. Simplemente queremos resaltar cómo el Tribunal Constitucional Federal tiene encomendada una actuación claramente política, como una muestra más de la interacción de factores políticos en el ámbito jurisdiccional que veremos en el transcurso de este tema, en diferentes sistemas constitucionales.

## 2.1.- FACTORES POLITICOS EN LOS SISTEMAS DE ACCESO

### A LA JUDICATURA

Además del análisis llevado a cabo de cómo los hechos políticos, es decir la dictadura hitleriana, convirtió en letra muerta el artículo 97 de la Constitución de Weimar que proclamaba la independencia de los jueces, podemos citar factores establecidos legalmente que implican una politización de los jueces, o al menos un alto riesgo de ello. Nos referimos al

sistema de acceso a la judicatura, en tanto que puede juzgarse de algunos procedimientos que encierra un factor de presión política sobre la actividad de los jueces, con posible merma de su independencia lo que influye además en la posición del poder judicial respecto a los otros.

Los sistemas de reclutamiento son variados, pero se podrían citar tres modalidades principales: 1º) nombramiento, 2º) elección, y 3º) concurso o cooptación. Pero además hay que contar con las modalidades en que aparecen los sistemas citados combinados o sistemas mixtos. Cada uno de ellos produce consecuencias políticas diferentes en cada situación, que comentaremos referidas a sistemas concretos:

#### a) ESTADOS UNIDOS

Veamos el sistema de nombramiento de los jueces y la posición del Poder Judicial en relación con otros poderes. En Estados Unidos, la Constitución determina la existencia de un Tribunal Supremo y Tribunales inferiores. Es el Congreso (el poder legislativo), el que determina el número de tribunales inferiores, (art. 3, T. I, Sec. 8ª, nº), y el Presidente, (poder ejecutivo), nombra a los jueces componentes del Tribunal Supremo con la aprobación del Senado (el Poder Legislativo), (art. II, Sec. 2ª, nº 2). Como se aprecia hay una interrelación de los distintos poderes, en la configuración del Poder Judicial.

El sistema Judicial en los Estados Unidos es una herencia indirecta del *Common Law* británico, especialmente por la existencia

del procedimiento de control de constitucionalidad de las leyes de tipo difuso, que ejerce el Tribunal Supremo, tema que tratamos con detalle en el siguiente epígrafe. Existe en el sistema americano un sistema doble de organización judicial, la jurisdicción estatal y la federal. Tienen diferente esfera de competencias y también diferente sistema de elección de los magistrados. Los jueces de la jurisdicción federal son nombrados por el Presidente de los Estados Unidos, con la aprobación del Senado, mientras que en el orden estatal, existe la costumbre en muchos Estados de elegir a los jueces.

Este procedimiento de elección, tan inusual en Europa, tiene ventajas e inconvenientes pues si bien es positivo el acercamiento de la justicia al ciudadano, por otro lado, el sistema de elección no parece garantizar la independencia y la adecuación de los jueces a tarea de tal responsabilidad. Aun así, el prestigio de los jueces es muy grande y no se menoscaba porque los sistemas, elección o nombramiento, les convierta o aproxime a órganos políticos.

La crítica que se puede hacer al sistema de nombramiento de magistrados, se basa en la posición que se supone de preeminencia del órgano que efectúa el nombramiento sobre el nombrado, con lo que podría quedar comprometida la independencia del Poder Judicial. En Estados Unidos se considera que debido a que la composición del Tribunal Supremo está sometida a renovaciones en períodos establecidos, no coincidentes con los períodos de mandato presidencial, se hace imposible la mediatización del máximo órgano judicial por el Presidente.

Desde luego el prestigio de que goza el Tribunal Supremo es innegable, pero ciertamente también lo es la existencia de razones políticas en el nombramiento de los jueces, dependiendo del partido que esté en el poder y el carácter político del Tribunal Supremo, lo que explica el hecho de que, frente a la tradición británica, el Derecho de precedente no someta al Tribunal Supremo americano, que puede adecuar sus sentencias al momento coyuntural presente, o sea, sufrir influencias políticas, produciéndose así que sentencias posteriores contradigan a las anteriores. Se afirma a ese respecto que, el Tribunal Supremo en sus adecuaciones refleja "el espíritu del siglo", es decir, las circunstancias y presiones políticas del momento, mostrando así permeabilidad a influencias exteriores.

El hecho de que los nombramientos no sean necesariamente de juristas provoca que la jurisprudencia no sea extremadamente complicada en tecnicismos jurídicos. Por otra parte, el Tribunal Supremo representa el órgano máximo en el sistema de control de la constitucionalidad difuso americano<sup>20</sup>. Dicho Tribunal, no puede anular leyes o actos de la administración, sino que puede determinar una "no aplicación" de la ley; al mismo tiempo, es el intérprete máximo de todos los órganos del Estado (ejecutivo y legislativo), justificándose así, lo que se llama supremacía constitucional, o gobierno de los jueces<sup>21</sup>.

Tras esta consideración resulta evidente que el Tribunal Supremo americano tiene una característica original, ya que un organismo no renovable, no elegido por elección popular, y sin responsabilidad política, utilizando el sistema de control de

constitucionalidad de las leyes, tiene influencia en importantes decisiones políticas sobre los órganos políticos como el Presidente y el Congreso, que han sido elegidos por el pueblo tras anunciar un programa en una campaña electoral. Realmente la dirección política del país la lleva el Presidente, pero el orden constitucional que es la base jurídica del país, es creación de la judicatura.

Como señala M. García Pelayo: "...no puede desconocerse el hecho de que a su vez la Judicatura puede estar sujeta y a veces condicionada por la presión de la otra fuerza política, a saber: el Presidente. Más con esta salvedad, en efecto, puede afirmarse que es la judicatura quien principalmente condiciona, o al menos sanciona la Constitución válida y vigente en los Estados Unidos"<sup>22</sup>.

Y sobre el tipo de control americano el mismo autor escribe: "Que una ley en contradicción con la Constitución no debe tener tal carácter es algo evidente, al menos dentro de la teoría racional de la Constitución. Lo que ya no es tan evidente como muestra el sistema constitucional de otros países, es que precisamente deba ser la judicatura quien decida sobre su constitucionalidad"<sup>23</sup>. Como vemos esta construcción influye en la distribución constitucional de poderes en Norteamérica y en la subsiguiente influencia de la Judicatura en el proceso legislativo, ya que además de intervenir mediante la revisión en el equilibrio de poderes, se reviste de carácter político, y éste, evidentemente, se proyecta en sus actuaciones.

Luego se puede afirmar, que los tribunales americanos han perdido, en cierta forma, la específica misión judicial para convertirse en Tribunales con misión política, en consecuencia beligerantes dentro del complejo social americano. Y en relación con su proyección política, no hay que olvidar que el hecho de que los componentes de la Judicatura sean vitalicios, influye en la tendencia conservadora que se afirma ha mantenido el Tribunal Supremo hasta hace poco tiempo; la avanzada edad, generalmente se considera como un factor de tipo conservador, que condiciona posiblemente la actuación de los miembros del poder judicial y que se puede citar como una consecuencia política del procedimiento de selección de los jueces.

#### b) GRAN BRETAÑA

El hecho de que el Poder Judicial, se fundamente en el *Common Law*, explica el por qué los jueces, que provienen de la institución Curia Regis, fueron una pieza esencial en la unificación jurídica de la nación, lo cual hizo innecesario el proceso codificador propio del racionalismo del siglo XIX<sup>24</sup>.

La independencia de la magistratura británica es causa de su prestigio y factor clave en la defensa de los derechos del ciudadano. La relación del poder judicial británico con el Parlamento presenta gran interés, pues como se sabe éste último es soberano, y no reconoce ningún poder superior, a diferencia de lo que ocurre en los países en que existe Tribunal Constitucional.

Los tribunales británicos se limitan a aplicar la ley, y por supuesto la interpretan al hacerlo, luego pueden modificarla. Lo que no puede hacer es anularla o suspenderla. Esto es un factor decisivo en el sistema británico y contradice las opiniones que afirman que carece de división real de poderes.

El Poder Judicial tiene en Gran Bretaña las garantías usuales en los sistemas democráticos, si bien no tienen su apoyo en el Derecho positivo, sino en la tradición. Son: la inamovilidad, la seguridad en el supuesto y la inviolabilidad. Se pueden considerar dos singularidades de la organización judicial en el sistema británico: La primera es que la Cámara de los Lores tiene funciones judiciales y constituye el Tribunal Supremo, o tribunal de última instancia en materia civil y criminal. Si bien la sentencia emana formalmente de la Cámara como totalidad, es convención constitucional que sólo puedan tomar parte en el ejercicio de la jurisdicción apelada los llamados Lores jurídicos (Law Lords).

La segunda peculiaridad es el Privy Council, que es un órgano judicial competente en caso de apelación en países de la *Commonwealth* y ciertas jurisdicciones especiales en la propia Gran Bretaña, a saber: órganos disciplinarios, profesionales, Tribunales eclesiásticos y cuestiones de contrabando. Respecto a su influencia política y los efectos transformadores de la realidad debidas a su actuación, es a través de la interpretación de la Ley y desde luego a través del prestigio reconocido, basado en la tradición y en su independencia, como el Poder Judicial británico influye en todos los aspectos de la vida.



d) ESPAÑA

En la Constitución española vigente, se dedica el Título VI al Poder Judicial<sup>2a</sup>. Con esta denominación se le equipara a los otros poderes, Legislativo y Ejecutivo, según la tesis clásica de la división de poderes. Pero además de garantizar el Poder Judicial una administración de justicia independiente, lo ha de hacer incluso frente a los otros poderes públicos, por ello resulta necesario que el gobierno del Poder Judicial sea también independiente. En Europa, se ha venido vinculando el gobierno del Poder Judicial al Ejecutivo, lo que era un riesgo para la independencia de aquél; en la actualidad, el gobierno de la magistratura española está confiado al Consejo General del Poder Judicial. Como la designación de los miembros de dicho Consejo, a excepción del Presidente del Tribunal Supremo, depende en exclusiva de las Cortes Generales, se puede decir que el modelo es altamente democrático, pues encomienda el gobierno de los jueces a la representación popular y lo arrebató del ejecutivo. Se trata así de desvincular los dos poderes y de fortalecer la independencia del Poder Judicial frente al Ejecutivo. Pero eso no afecta al tema de la responsabilidad, ya que el único responsable incluso políticamente del Poder Judicial, es cada juez, cada colegio sentenciador, pues actúan con sumisión al imperio de la ley, y garantizados por la Constitución en su independencia.

En el artículo 117.1 se establece: "La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y únicamente sometidos al imperio de la Ley". Se

precisa con exactitud que jueces y magistrados son el Poder Judicial, quedando el Consejo General del Poder Judicial como órgano de gobierno, algo instrumental que no puede considerarse como poder judicial en sí mismo.

Pero si trasladamos la preocupación por la independencia de la actuación judicial al Tribunal Constitucional y sus miembros el problema es más complejo y ha suscitado diversas polémicas.

Aunque como dice Lucas Verdú se trata de un órgano constitucional que reproduce elementos integradores de la fórmula política de nuestra Constitución, se han suscitado algunas críticas al sistema de su elección y a su funcionamiento en la práctica<sup>26</sup>.

Según el art. 159.1 el Tribunal se compone de 12 miembros y parece que hubiera sido más conveniente establecer un número impar para evitar los casos de empate. En 2º lugar al no fijarse la proporcionalidad entre los distintos profesionales de la justicia, universidad, administración y foro podría suceder que en cualquier momento el Tribunal estuviese formado por magistrados o por fiscales, por profesores o por funcionarios, desnaturalizándose el principio que anima la composición del Tribunal, el de la complementariedad<sup>27</sup>.

Parece un acierto que para la elección de los miembros del Tribunal cuya propuesta corresponde a las Cámaras se precise la mayoría de 3/5 en cuanto que puede evitar la excesiva

politización partidista de la elección o al menos la marcada polarización del Tribunal en una dirección determinada.

La composición del alto Tribunal en principio manifiesta características de ideología garantista liberal, reducido número, exigencia de que los magistrados constitucionales se seleccionen de diferentes capas sociales imbricadas en el Estado, aparte el período de nueve años y su renovación por terceras partes cada tres años, ya que se trata de asegurar la continuidad de la jurisprudencia, y consolidar su independencia frente al legislativo. Pero los riesgos de politización son altos, porque 10 de sus miembros son elegidos por el Gobierno, Congreso y Senado, lo que significa que los partidos políticos controlan la designación de la mayor parte del Tribunal, y con respecto a actuaciones concretas, baste recordar la del Tribunal Constitucional en los casos LOAPA y Rumasa, que la generalidad de la opinión especializada señala como altamente politizada<sup>22</sup>.

Este problema concreto lo analizamos con más detalle en el capítulo VIII dedicado al art. 9.2 de la Constitución española y sólo apuntamos aquí que posteriormente a los casos citados, se han pronunciado otras sentencias constitucionales de importantes repercusiones políticas y que han afirmado la independencia del Tribunal Constitucional frente al Ejecutivo.

Hasta ahora nos hemos referido a los diferentes modelos de acceso a la Judicatura, en los sistemas liberales-democráticos más característicos. Si en general todos los sistemas parecen garantizar la independencia de los jueces, y los textos

constitucionales la afirman como postulado indiscutible, la realidad como hemos visto difiere de las definiciones dogmáticas. Concretamente en los casos de democracia pluralista donde una fuerza política es mayoritaria, existe el peligro de que los jueces, según sea el procedimiento de su reclutamiento, al intervenir el poder legislativo y ejecutivo, y ser prácticamente monocolor, queden vinculados directamente a un partido político, y de esta forma resulte mediatizada su función de aplicar la ley, en especial su labor de intérprete, que tan poderosamente influye en hacer máxima la operatividad de la Constitución y en el proceso de conexión del texto con la realidad vigente.

Consideraremos a continuación a la jurisdicción constitucional en relación con algunos de los aspectos que hemos tratado; es decir, su función, la naturaleza del órgano que ejerce la jurisdicción constitucional y su relación e interacción con los poderes políticos en cada una de las funciones que desempeñan, así como en su poderosa influencia en la realidad.

### 3. JURISDICCION CONSTITUCIONAL

#### 3.1.- INTRODUCCION

Como han señalado numerosos autores<sup>22</sup> la jurisdicción constitucional surge como reacción ante la crisis del concepto clásico de Constitución, y es una creación reciente, pero ciertamente es una consecuencia de la evolución de la historia

constitucional de los dos últimos siglos y por tanto de las tensiones entre los poderes que hemos comentado anteriormente.

La jurisdicción constitucional puede ser función de un órgano especial al efecto, de naturaleza judicial, política, o una mezcla de ambas, o bien ser competencia habitual de la magistratura ordinaria, como es el caso de Estados Unidos. Como es sabido hay varios sistemas, con diferentes características, pero en todos ellos, las decisiones del órgano que ejerce la jurisdicción constitucional son la máxima jerarquía en la administración de la Justicia, y por ello la incidencia en la realidad de tal actividad es fundamental.

La jurisdicción constitucional se ejerce fundamentalmente en tres aspectos: el control de constitucionalidad de las leyes, la protección de derechos y libertades fundamentales y la resolución de conflictos entre los poderes del Estado, o incluso entre órganos del Estado con independencia de la situación y clasificación de poderes. En cada una de estas funciones, el órgano que ejerce la jurisdicción constitucional actúa en relación con uno o varios de los poderes del Estado, como cortapisa, control, o recorte de poder. En la función de control de constitucionalidad de las leyes, el órgano jurisdiccional controla al poder legislativo, y en el caso de protección de libertades fundamentales controla a los jueces que a veces conculcan dichas libertades. Esta función de recorte o control de los poderes del Estado por parte de la jurisdicción constitucional da lugar a debatida polémica sobre su

significación, sus posibilidades reales, y los efectos de su actuación.

Seguidamente consideraremos una de las funciones de la jurisdicción constitucional, el control de constitucionalidad de las leyes, que en el esquema que desarrollamos en nuestro trabajo es una pieza clave, como instrumento de máxima operatividad en el proceso de adecuación entre Constituciones y realidad y en el mantenimiento del diálogo entre hechos y ordenamientos.

### 3.2.- LOS SISTEMAS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

#### 3.2.1.- Sistemas concentrado y difuso.

El control de constitucionalidad de las leyes se caracteriza por el resultado negativo que lleva la sanción y por su carácter objetivo, ya que el órgano que ejerce el control no aplica su voluntad, sino la de la norma, y la función del órgano jurisdiccional es preservar la vigencia de la Constitución, haciendo realidad la jerarquía suprema del texto sobre el resto del ordenamiento, lo que es esencial para que exista la seguridad jurídica. Ciertamente las Constituciones se garantizan por controles sociales y políticos, pero el control por excelencia que asegura su existencia es el control jurídico, es decir el control de constitucionalidad de las leyes, que es la base donde se apoya el Estado Constitucional de Derecho.

Vamos a comentar los diferentes sistemas de control de constitucionalidad pero sólo en el aspecto que se relaciona con nuestra línea argumental, es decir la proyección de la actividad jurisdiccional constitucional sobre la realidad y sus efectos transformadores, ya que la teoría es bien conocida<sup>20</sup>.

El control de constitucionalidad de las leyes surge en 1803 en Estados Unidos, con la famosa sentencia del Juez Marshall en el caso "Marbury versus Madison", en que definía el derecho del Tribunal Supremo a enjuiciar la constitucionalidad de la ley, abriéndose así paso al control judicial de la actividad del legislador y dando efectividad a la superlegalidad de la Constitución. El Poder Judicial norteamericano, se autoconstituía en el encargado de fiscalizar el sometimiento de la voluntad general expresada a través de los representantes, es decir, de la ley, a la Constitución. Este sistema norteamericano de jurisdicción difusa implica que no es sólo el Tribunal Supremo el que ejerce el control, sino que todos los órganos jurisdiccionales lo ejercen, pero las decisiones del Tribunal Supremo se imponen a las de los Tribunales inferiores<sup>21</sup>, lo que impide actuaciones distintas. Cuando se produce la declaración de inconstitucionalidad de una ley, el Tribunal Supremo no la deroga, (pues tal efectividad sería legislativa), sino que se limita a no aplicar la norma que considera contraria a la Constitución en el caso sometido a su decisión<sup>22</sup>.

Como es sabido, en 1920 y como consecuencia de los hechos políticos y bélicos recientes, -es decir, Primera Guerra Mundial, revoluciones rusa y alemana, Constitución de Weimar-, se

configura en la Constitución austriaca como creación de Kelsen, un nuevo tipo de justicia constitucional, basado en un Tribunal especial o Tribunal Constitucional. Su naturaleza es ajena al Poder Judicial ordinario, y si bien la revisión constitucional de la ley, la realiza el Tribunal Constitucional, son los jueces y Tribunales ordinarios los que pueden ejercer la iniciativa revisora. En 1929 se plantea la insuficiencia de la vía de acción como único medio para instar el control de la constitucionalidad de las leyes y mediante una Ley se reforma este procedimiento, autorizando a los altos Tribunales ordinarios a plantear por vía de excepción ante el Tribunal Constitucional las dudas sobre la conformidad de las leyes con la suprema norma.

Una vez que se plantea el proceso de inconstitucionalidad de una ley, los diferentes sistemas producen diferentes efectos tras la declaración de la inconstitucionalidad y su incidencia en el terreno práctico es diversa. En el sistema norteamericano de jurisdicción difusa, la declaración de inconstitucionalidad de una ley, afecta sólo a las partes del proceso; ello implica pues, la no aplicación de la ley al caso concreto. El sistema austríaco de jurisdicción concentrada propugna la eficacia general de la sentencia, lo que equivale a que la ley inconstitucional no pueda aplicarse en ningún caso<sup>23</sup>.

Este aspecto podría hacer suponer, y de hecho parte de la doctrina lo afirma<sup>24</sup>, que el sistema de jurisdicción concentrada contribuye de forma más eficaz a la operatividad de la Constitución por medio de la actividad de los jueces que el sistema de jurisdicción difusa, pero la realidad concreta nos



muestra y nos referimos en especial a las Constituciones austríaca y de Estados Unidos que no es así, ya que el primer texto citado, que produjo gran influencia en Europa no resistió la presión de hechos políticos, económicos y bélicos europeos que en los años 30 y 40 actuaron como agentes radicales de transformación de ordenamientos jurídicos y sistemas sociales establecidos y hace tiempo que desapareció como tal Constitución<sup>22</sup>, y la figura del Tribunal Constitucional (Verfassungsgerichtshof), ha experimentado gran número de transformaciones, pues establecido en 1920, fue modificado por la Constitución de 1929 y por una Ley en 1931; convertido en Bundesgericht por la Constitución autoritaria de 1934, y luego fijado en su competencia originaria.

Sin embargo, el ejemplo y la práctica de la Constitución de Estados Unidos es bien diferente. Si bien en el texto no está prevista la condición de supremo intérprete constitucional, el Tribunal Supremo al realizar el control de constitucionalidad de las leyes, tiene que hacer una interpretación previa de ambas, por lo que conquista así una legitimidad absoluta e irrestricta de intérprete de todos los actos de los órganos del Estado (ejecutivo y legislativo), lo que en términos más concisos se conoce como "supremacía judicial", o como la expresión popular denomina, "gobierno de jueces".

Es decir, mediante la acción interpretadora del Tribunal Supremo de leyes y Constitución, se ha producido una jurisprudencia que ha hecho posible mantener la adecuación del texto constitucional a la realidad cambiante de modo tan eficaz

que permite que la Constitución siga siendo operativa y vigente, que sea la Constitución originaria la que subsiste, aunque los cambios de todo tipo en la realidad hayan sido muy numerosos en doscientos años, y el texto haya experimentado modificaciones y enmiendas<sup>36</sup>. De hecho, el poder transformador del texto que posee la jurisprudencia constitucional del Tribunal Supremo, ha dado lugar a que se hable de una "rewritting", o una nueva escritura del texto por medio de la acción de los jueces, aspecto que comentaremos detenidamente en el epígrafe siguiente, destacando cómo la influencia de las circunstancias políticas del momento han condicionado la dirección progresista o conservadora de la acción judicial.

Ahora bien, hemos comentado los dos tipos de jurisdicción constitucional que son más característicos, pero el movimiento de creación de órganos jurisdiccionales se desarrolla tras la Segunda Guerra Mundial en toda Europa, pues se produce un resurgimiento de la función y actividad de los Tribunales y se restablecen o constituyen de nuevo en Austria, República Federal alemana e Italia ya que ningún gobierno totalitario se había mostrado dispuesto a tolerar el sistema efectivo de control judicial.

A consecuencia de las experiencias vividas en la guerra, estos países profesaron ver en sus Tribunales Constitucionales y en especial en su función de control de constitucionalidad de las leyes un instrumento decisivo para evitar los horrores de las dictaduras sufridas y la conculcación de los derechos humanos fundamentales por legisladores serviciales a los regímenes

opresores. Se confiaba en que jueces independientes como los nombrados para los recién establecidos Tribunales Constitucionales actuasen como elementos estabilizadores que protegieran la libertad.

La proyección sobre la realidad de la actividad de los Tribunales Constitucionales en esos tres países ha sido muy importante, y como se admite por la generalidad de los estudiosos de efectos muy positivos.

Han pronunciado centenares de sentencias sobre la constitucionalidad de las leyes generalmente relacionadas con casos concretos que esperaban su resolución en los Tribunales inferiores. Especialmente en Alemania e Italia y en grado menor en Austria la actividad de los Tribunales Constitucionales ha sido muy intensa en el campo de los derechos humanos<sup>77</sup>.

Un tema en que han actuado casi al mismo tiempo, ha sido sobre la constitucionalidad de las leyes que regulan el aborto, como también lo ha hecho el Conseil Constitutionnel francés. Pero las posiciones mantenidas son diferentes. Los Tribunales francés y austriaco afirmaron la nueva legislación liberalizadora, el italiano anuló en parte una vieja ley conservadora y el Tribunal alemán adoptó un enfoque conservador y rechazó una nueva ley destinada a liberalizar el aborto. Aunque por las diferentes situaciones sociales, y culturales, haya diversidad de actuaciones y resultados que configuran la realidad que en cada país existe en común tienen estas sentencias que demuestran un activismo judicial que en cierta forma asemeja la intensa

actividad judicial de los Estados Unidos y que es costáneo. Se produce que por primera vez jueces de diversos países se enfrentan a problemas que implican aspectos sociales, morales, políticos, religiosos y han encontrado en los textos políticos pautas y guías para afrontar los nuevos conflictos.

Y lo mismo se puede decir de otros muchos problemas actuales, como puede ser la igualdad efectiva de hombre y mujer, (por ejemplo el asunto de las pensiones de viudedad que generan las mujeres), los problemas jurídicos de los divorcios y respecto a los hijos, y los nuevos derechos sociales o derechos humanos de nueva denegación, como puede ser el derecho a calidad de vida, a libertad informativa, derecho de los consumidores, frente a las fases anteriores de derechos referidos a libertades individuales y a derechos sociales, y que no pueden quedar por más tiempo fuera del alcance de las Constituciones.

Hasta ahora nos hemos referido al sistema de control de Constitucionalidad típico europeo y al sistema norteamericano, pero concretamente en Francia se ha producido una evolución diferente y el sistema de control judicial que está establecido presenta rasgos propios.

### 3.2.2.- Sistema francés: El Consejo Constitucional.

En Francia, en la Constitución vigente de 1958, la administración de justicia y la función de control de constitucionalidad de las leyes, reviste unas características

especiales al ser diferente el sistema de separación de poderes del que podríamos llamar clásico en los Estados modernos<sup>26</sup>.

Es sabido que la Constitución de la IV República francesa, de 1946 fue en buena medida resultado de una transacción entre los distintos grupos políticos que tenían fuerza en la Asamblea constituyente. En ella se evitó la palabra control, con la consecuencia de que la Asamblea Nacional era todopoderosa sin admitirse que sus leyes pudieran reformarse o revisarse, pues que ningún órgano tenía competencia, ni los jueces ni el pueblo. En cambio, los arts. 61 y 62 de la Constitución francesa de 1958, inician otra vía, pues conceden a un Consejo Constitucional la facultad de declarar inconstitucionales los proyectos de Ley.

Se ha producido una evolución que arranca desde la actitud de rechazo de la Francia postrevolucionaria del control judicial, a una situación actual, debida entre otras razones a las presiones de la Segunda Guerra Mundial y sus secuelas, en que se ha adoptado un sistema de control judicial paulatino, parcial y contradictorio. Son varios los hechos que impulsaron el cambio. En 1959, el Conseil d'Etat<sup>27</sup>, el Tribunal administrativo de Francia emitió una sentencia militar en el caso Syndicat General des Ingénieurs-Conseils, en la que frente a la teoría que se venía manteniendo hasta entonces, la legislación del ejecutivo está sujeta al control judicial.

El Conseil d'Etat se atribuyó a sí mismo el poder verificar si la legislación del ejecutivo era conforme a una indefinida, o

vagamente definida Ley superior, (principios generales, contenidos en las Declaraciones de Derechos del Hombre de 1789, los Preámbulos de las Constituciones de 1946 y 1958) y la "tradición republicana".

Evidentemente a partir de esta sentencia recayó en los jueces franceses una gran actividad y con posterioridad a esa sentencia el Conseil d'Etat ha sido definido como un verdadero Tribunal Constitucional. Pero también otro hecho contribuyó a la evolución del sistema francés. La Constitución de 1958 incluía un nuevo organismo, el Conseil Constitutionnel cuyo poder principal era y sigue siendo controlar la constitucionalidad de las proposiciones de ley aprobadas por el Parlamento pero aún no promulgadas por el Presidente de la República. Pero esta forma de control estaba muy limitada pues: 1º) era una forma de supresión para un período de tiempo, 2º) la legitimación para atacar una ley aún no promulgada quedaba extremadamente restringida y se concebía el Conseil Constitutionnel como defensa de las recién establecidas prerrogativas del ejecutivo frente a las potenciales invasiones del Parlamento.

Decisiva en el proceso de evolución del sistema francés fue una sentencia muy interesante de 1971<sup>42</sup>, relativa a la libertad de asociación, por la que el Conseil Constitutionnel dejó de ser por primera vez el defensor de las prerrogativas del ejecutivo, reclamando para sí el poder y deber de controlar la conformidad de las leyes promulgadas con la Constitución, incluyendo los principios generales que pueden ser deducidos de las Constituciones de la historia constitucional francesa y de la

"tradicción republicana"<sup>41</sup>. Desde 1971 este profundo cambio se ha confirmado varias veces y en la actualidad la "supresión" por el Conseil Constitutionnel de la conformidad de la legislación parlamentaria con los derechos fundamentales del hombre constituye ya característica consolidada del sistema legal francés. Pero además, se produjeron otros cambios que sitúan actualmente el poder de control judicial en dos Tribunales especiales: el Conseil d'Etat, (y en general los tribunales administrativos) y el Conseil Constitutionnel.

En 1975 el Tribunal Supremo de Francia, la Cour de Cassation tuvo que ver en el caso "Administration des Douanes versus Società Cafés Jacques Vabre", la cuestión de si los jueces franceses deberían negarse a aplicar una ley francesa debidamente promulgada posterior a las leyes de la Comunidad Europea pero en contradicción con ellas<sup>42</sup>. La sentencia estableció que los jueces (todos los jueces en Francia) estaban obligados sin duda a no aplicar la legislación francesa cuando estuviese en contradicción con los tratados internacionales en general y con las leyes de la Comunidad en particular. Pero se precisaba que no se trataba de un control judicial de la constitucionalidad de las leyes sino de una función judicial t pica, de mera interpretación.

Como se ve, aunque se niegue, hay una analogía con la doctrina Marbury de Estados Unidos. También el juez Marshall intentó minimizar el control judicial reduciéndolo al nivel de mera interpretación, pero el control judicial no es una mera interpretación por la simple razón de cuanto más alto sea el rango

de una ley superior, su vaguedad será mayor, requiriendo un grado mayor de actividad o creatividad para su interpretación.

Las implicaciones de la sentencia de 1975 tienen un alcance extraordinario, pues en lugar de ser evitado, el control judicial ha quedado amplificado en cierto sentido ya que se ha convertido en control judicial supranacional.

Pero la creación del Conseil Constitutionnel en el texto constitucional de 1958 aun siendo muy discutida, pues para unos sólo se trataba de un instrumento más del ejecutivo para controlar el Parlamento, y para otros se trataba de un órgano demasiado influido por asuntos políticos, especialmente en lo referente a su designación, es de gran importancia ya que podría equipararse su destacada función con la que en otros sistemas ostenta el Tribunal Constitucional. Se le puede considerar como una instancia más del recorte de los poderes y facultades del Poder Legislativo, aunque en su composición figuran 3 miembros nombrados por el Senado, 3 por la Asamblea Nacional, 3 por el Presidente de la República, y su Presidente, con voto de calidad, es elegido por el Presidente de la República. Su principal competencia es que debe pronunciarse sobre la constitucionalidad de leyes orgánicas, Reglamentos de las Asambleas, y le pueden ser remitidas las leyes ordinarias antes de su promulgación por el Presidente de la República, el primer ministro, los Presidentes de las Cámaras, 60 diputados, o 60 senadores (art. 61). Además tiene otras competencias, como resolver los contenciosos electorales de todo tipo y dictaminar sobre la conversión de la ley en reglamento y asesorar en materia de aplicación del art.



16, (poderes extraordinarios del Presidente de la República en caso de necesidad y urgencia).

Se ha suscitado a menudo la discusión de la naturaleza jurídica del Consejo Constitucional<sup>42</sup>. Ni por su composición, -los miembros no tienen que ser de la carrera judicial, ni ostentar requisito profesional alguno-, ni por su funcionamiento, es un órgano judicial; lo que responde al tradicional recelo francés hacia los órganos judiciales y su intervención en asuntos políticos.

Pero no puede considerarse un órgano puramente político ya que sienta jurisprudencia, sus decisiones son vinculantes para todos los poderes públicos y puede declarar la inaplicabilidad de una norma declarándola inconstitucional. Como se aprecia, los efectos de la actuación del Consejo Constitucional son fundamentales y múltiples, y respecto a la presión de factores políticos sobre su actuación, evidentemente experimenta influencias del poder legislativo, (recuérdese el mecanismo de composición), y del ejecutivo, pero aun así la jurisprudencia elaborada es progresista y avanzada socialmente, con una labor muy destacada del tratamiento de los derechos y libertades del hombre, evidenciándolo el hecho de que haya otorgado eficacia de derecho positivo a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Sintetizando los rasgos que más diferencian este sistema del tipo más usual europeo son: en primer lugar, el Consejo Constitucional tiene un poder de control limitado al breve tiempo

anterior a la promulgación de la ley. Rubio Llorente al respecto escribe, que por eficaz que sea su gestión, no actúa sobre derecho vigente, sino sobre lo que no lo es<sup>44</sup>. Otro rasgo que quizás limita su papel, es la falta de conexión de la actividad del Consejo con los hechos de la vida diaria. Ambos rasgos le proporcionan un cierto carácter híbrido, de legislador de una 3ª Cámara que predomina sobre su función judicial, y que en determinado aspecto resulta peligroso por sus efectos.

También es destacable que, al no ser necesario ningún requisito para ser miembro del consejo, las autoridades políticas no encuentren ninguna traba para su selección, luego las influencias del poder político a través del nombramiento pueden ser más decisivas. Este aspecto ha desencadenado las críticas más radicales al Conseil Constitutionnel. Recientemente R. Lacharriere escribe:

"Las visiones más locamente conservadoras no hubiesen llegado a imaginar un poder supremo de censura confiado a nueve personas totalmente irresponsables, arbitrariamente desiguales y por añadidura escogidos las más de las veces según los criterios amables de favor personal"<sup>45</sup>. Además se refiere a que el Conseil, "usurpa poderes al legislador", ejerce una "censura suprema", y se "atribuye poderes que los textos constitucionales no le otorgan o le deniega explícitamente.

Ahora bien además de la función del control de constitucionalidad de las leyes, hay que señalar que bajo una forma que no siempre es jurisdiccional, el Consejo interviene

como órgano que controla las elecciones parlamentarias y el referéndum, pero quizás lo más sobresaliente es cómo mantiene el equilibrio de poderes con la desaparición de la supremacía del Parlamento, y cómo contribuye a mantener el Derecho en un orden constitucional, colaborando en la estabilidad y normalidad política. Pero sin embargo se observa un profundo contraste entre los efectos prácticos en la realidad de la decena de Constituciones en Francia, y la preeminencia de un solo texto constitucional en el sistema norteamericano. Contraste que señala García de Enterría, frente al sistema americano de hacer constantemente operativa una Constitución inmutable y capaz de dar cabida a todas las aspiraciones cambiantes de todos los grupos..., el sistema francés alternativo de ajustes constitucionales periódicos y sucesivos, ante la insatisfacción que el régimen existente en cada momento produce a sectores enteros y a sus respectivas fuerzas políticas que se sienten extraños al mismo tiempo y no integrados en él<sup>as</sup>.

### 3.3.- POSICIONES CRITICAS

Tras esta revisión general de los diferentes métodos de control de constitucionalidad de las leyes, en la que la idea central es la función de control del poder legislativo, la potenciación del poder judicial y cómo a través de su jurisprudencia, la jurisdicción constitucional incide poderosamente en la realidad, especialmente en el área de los derechos fundamentales, queremos simplemente apuntar que se han suscitado numerosas críticas sobre la legitimidad, democraticidad

y naturaleza jurídico-política de dicha jurisdicción. Se ha creído ver en la facultad de control de las leyes una ofensa a la soberanía nacional y una potencial expropiación de la facultad legislativa.

El problema que se plantea es cómo se puede articular que órganos no representativos por no ser elegidos por el pueblo, ejerzan control sobre la actuación del poder legislativo o Parlamento que representa la voluntad popular. El debate político crítico se centra en la tensión existente entre la teoría de la soberanía parlamentaria, para la que resulta evidente que no puede darse tal control, pues implicaría una segunda posición para el Parlamento, y la teoría de la soberanía constitucional, cuyo móvil no es en sí la supeditación del poder legislativo sino que el control de constitucionalidad trata de proteger una relación entre poderes, entre los que no se considera uno supremo, sino que lo es el equilibrio entre ellos.

Entre otros autores, J. Cadart, señala que el problema es político<sup>47</sup>. Pues si el Parlamento legisla casi siempre de acuerdo con el Gobierno, al ser sometidas las leyes a un control judicial, el órgano capacitado para ello controla a las instancias supremas del Estado. O sea, el Tribunal Constitucional limita al Parlamento y al Gobierno, que expresan en última instancia la voluntad nacional. Realmente estos son los graves reparos liberales al control de la constitucionalidad. Pero para J. Cadart, puesto que el Parlamento y Gobierno al interpretar las libertades hacen política como cada vez que legislan, será a menudo imposible que los jueces constitucionales se limiten a

aplicar el derecho puro. Será preciso que a su vez legislen, y en consecuencia hagan política en forma amplia. Tendrán que adoptar posiciones no simplemente jurídicas, sino políticas<sup>49</sup>. La exposición de Cadart, aparte de mostrar los reparos liberales típicos del control de constitucionalidad, como el radicalismo con que sostiene la supremacía parlamentaria, es útil porque confirma el cariz político de la jurisdicción constitucional en su actividad examinadora y decisoria.

Como señala Otto Pardo, los Tribunales Constitucionales no son órganos simplemente jurídicos, sino que son órganos que a través de su poder de jurisdicción adoptan decisiones políticas<sup>50</sup>. Debido a esta naturaleza jurídico-política, en su estructura y organización aparecen aspectos políticos. Concretamente, su composición, la designación y elección de sus miembros influyen poderosamente en la carga política del órgano constitucional, al igual que comentábamos respecto al procedimiento de acceso a la judicatura ordinaria. Son numerosos los autores<sup>51</sup> que destacan la vertiente política de la actuación de los Tribunales Constitucionales, pero sólo se pretende en este capítulo apuntar esa realidad y fijar como en la interpretación constitucional, instrumento de creación de Derecho, se articula el problema del carácter político o no, de los órganos de jurisdicción constitucional.

Actualmente, si bien se ha superado la polémica de si se puede categorizar como jurisdicción la función que no enjuicia hechos sino normas, en cambio sigue de actualidad la discusión entre la compatibilidad de la jurisdicción y ciertas concepciones

de democracia<sup>21</sup>. Se centra sobre todo el tema en los límites de la jurisdicción constitucional en relación con los poderes políticos del Estado, y concretamente respecto a la consideración del juez como antagonista del legislador.

Se puede afirmar, resumiendo el polémico tema, que el control de constitucionalidad supone un recorte al poder legislativo, una potenciación del Poder Judicial frente a los otros poderes, ya que incluso se puede considerar al Tribunal Constitucional como legislador en tanto que crea Derecho, y que representa frente al Ejecutivo un factor de intervención, puesto que los órganos que realizan el control de constitucionalidad también tienen competencia, por ejemplo, respecto a tratados internacionales, como es el caso del Conseil Constitutionnel francés.

De todo ello se desprende que el control de constitucionalidad de las leyes, es el factor más relevante en el nuevo esquema de la separación de poderes, en que ha desaparecido la supremacía del legislador pues está limitado por dicho control, y además, el ejecutivo, cuya posición preponderante hemos visto antes tratando de dar eficacia y contenido a las numerosas normas que hicieran posible el Estado de Bienestar, aparece también controlado en tanto que parte de su actividad puede ser objeto de jurisdicción.

Y respecto a la función de la jurisdicción constitucional de protección de derechos y libertades fundamentales que en general todos los sistemas incluyen, hay que destacar que por sí misma significa la capacidad de delimitar el Poder Ejecutivo y también

el Poder Judicial, pues la protección de estos derechos implica el amparo frente a los excesos de cualquier otro poder. Originariamente la judicatura está pensada para garantizar estos derechos, pero también puede suceder que no los defienda, e incluso los conculque, en cuyo caso la jurisdicción constitucional tiene que protegerlos y actuar como control del Poder Judicial.

A continuación consideraremos la actividad legisladora de la jurisdicción constitucional que resulta básica en nuestra argumentación al incidir en la transformación del ordenamiento jurídico y como consecuencia de ello en la realidad.

#### 4. INTERPRETACION CONSTITUCIONAL

##### 4.1.- INTRODUCCION

La jurisdicción constitucional a través de la interpretación<sup>22</sup> de la Constitución, produce una creación de Derecho, innovando el ordenamiento, pero a diferencia de la que lleva a cabo el legislador, no procede de simple consideración de oportunidad, sino está vinculada por la declaración de un Derecho preexistente, cuyo contenido concreto, como regla de solución al caso de que se trata, establece la sentencia del Tribunal Constitucional.

De todo ello se desprende que una consecuencia de la jurisdicción constitucional es la transformación del ordenamiento

vigente. Pero puesto que la función primordial de los Tribunales Constitucionales no consiste, ni en administrar, ni en legislar, sino en juzgar, sus decisiones tienen que estar referidas al parámetro de una norma constitucional, escrita o no. En otras palabras, los límites de la actividad interpretadora de la jurisdicción constitucional, están donde comienza el libre ámbito de decisión política del legislador o del gobierno, y esta acción creadora de Derecho es delicada, pues los límites son fluidos. El Tribunal Constitucional ha de sopesar las consecuencias políticas de sus actuaciones, pues el principio de eficacia estatal requiere que no se invada el espacio de libre actuación de legislador y gobernantes.

Ahora bien, tal cautela en la decisión no tiene porque conducir al Tribunal a una decisión política, pues la teoría ofrece medios para que no se quiebre la certeza y la previsibilidad, es decir, procedimientos de decisión jurídicos. Luego la interpretación de la Constitución y la fijación de su sentido es tarea primordial de los Tribunales Constitucionales, ya que participa con sus decisiones en la evolución de la Constitución y en su adecuación a la realidad concreta y el factor de creación de derecho de la jurisprudencia constitucional posee una importancia definitiva sobre todo lo referente a las cláusulas constitucionales con valor programático direccional, que debe ser fijado a través de las sentencias constitucionales.

Por todo ello, en el esquema argumental de nuestro trabajo es importante establecer qué criterios sigue la interpretación constitucional, ya que al ser un poderoso instrumento de



transformación de los textos con la consiguiente proyección sobre la realidad, la fijación del sentido y dirección de tal cambio resulta decisiva.

#### 4.2.- CRITERIOS DE INTERPRETACION CONSTITUCIONAL

El problema básico sobre el que se centra la discusión es si los criterios con los que el Tribunal Constitucional resuelve pueden ser equiparables a los que guían al juez ordinario no sólo debido a la importancia política sino también debido a la propia especificidad de la norma constitucional.

Si bien Forsthoff<sup>33</sup>, como es sabido, ha mantenido la teoría de su método de interpretación basado en reglas jurídicas formales, aplicado por igual a interpretación de leyes y de normas constitucionales, razonando que cualquier otro sistema produce inseguridad jurídica, actualmente parece que se ha superado esta posición que se refiere a un Estado de Derecho tipo siglo XIX, y diversos autores apoyan el nuevo enfoque basado en que la interpretación debe ser "comprensión", es decir admitir que la interpretación ha de ser valorativa, sin que sea arbitraria.

En Estados Unidos, que sienten el problema muy próximo por la función destacada que ha desempeñado la jurisprudencia constitucional, la discusión sobre la interpretación valorativa ha sido muy intensa, como lo demuestra la polémica de Devlin<sup>34</sup>, con Hart y Dworkin<sup>35</sup>. Se ha pretendido limitar los riesgos de la

jurisprudencia política mediante el uso de *selfrestraint*, como ya hace tiempo propugnaran los jueces Frankfurter y Brandeis<sup>22</sup>.

Teniendo en cuenta el total cambio o *rewriting* de la Constitución de Estados Unidos que llevó a cabo el Tribunal Warren con su jurisprudencia, se comprende el interés en delimitar en la doctrina americana qué criterios pueden guiar la interpretación constitucional sin que pierda su legitimidad. J. Ely<sup>27</sup> se plantea si la interpretación ha de estar basada o no en el "liberalismo", y parece reconocer la imposibilidad de interpretación vinculada por completo al texto.

Para Bickel<sup>28</sup> los criterios que han de servir para conducir la interpretación son "los valores fundamentales", que han sido utilizados en ciertas ocasiones por el Tribunal Supremo. Ely precisa que no son estos valores, -tradición, consenso social, el progreso predecible-, la justificación de la transformadora jurisprudencia del Tribunal Warren, sino que estuvo producida por el deseo de asegurar el proceso político manteniéndolo abierto para todos, con dos ideas destacadas: corregir cierto tipo de discriminación de minorías, y reforzar la representación política<sup>29</sup>.

La polémica mencionada<sup>30</sup> sobre los criterios que deben regir la interpretación constitucional, es en el fondo, el debate sobre el carácter excesivamente creador de la jurisprudencia<sup>31</sup> constitucional, y revela la inquietud respecto a si se mantiene la adecuación del poder judicial al papel clásico que en la Constitución de Montesquieu se le asigna, o va más allá. En los

tiempos actuales, en un mundo cambiante en el que impera la multicasualidad, los jueces son un pieza más del mecanismo jurídico y político y su actuación está orientada por múltiples criterios, por ello esta polémica está saldada y se reconoce que el juez aplica la ley, pero aporta valores propios, lo que no puede ser considerado libre creación de Derecho. Ciertamente significa un elemento innovador, ya que Derecho no es solamente el texto de la norma, sino toda una serie de principios y valores que en ella se insertan. No hay pues, usurpación<sup>42</sup> del poder normativo por parte de la jurisdicción constitucional, hay o debe haber un uso ordinario de las técnicas jurídicas para aplicar las normas e interpretarlas.

El problema que actualmente se plantea, y que está articulado con el objeto de nuestro tema en el efecto transformador de la jurisprudencia es, si los Tribunales Constitucionales pueden actuar de elemento retardador o acelerador en la realización de un programa que signifique un cambio drástico propuesto por una fuerza mayoritaria, realizando una interpretación evolutiva de la Constitución, con el fin de hacer un uso alternativo de sus preceptos<sup>43</sup>.

Evidentemente, dependerá del tipo de Constitución. En los textos que son de compromiso, las distintas fuerzas políticas se esforzarán en ver reflejada en la Constitución sus propias concepciones, y desde luego está limitado ese uso alternativo de la interpretación constitucional en tanto que se cumplan diversas premisas:

- 1) Que la Constitución obliga en su totalidad al intérprete.
- 2) Que la interpretación aun siendo evolutiva, ha de conciliar los distintos principios a que obedece con los fines que persigue, y
- 3) Que en ningún caso la interpretación ha de ser tal que anule el carácter pluralista y democrático del orden político.

Luego, el uso alternativo que puede hacerse de la interpretación constitucional está limitado por el mismo texto, no sólo en sentido material y concreto, sino también por la esencia de la norma. Ciertamente un texto ha de permitir la instrumentación de políticas diversas según la situación del momento, debido a la dinámica electoral, pero una interpretación constitucional nunca podrá legitimar una política que excluya otras opciones o pluralismos, que restrinja libertades y derechos reconocidos, y que en cualquier otra forma, signifique un ataque o destrucción del texto constitucional<sup>44</sup>.

Todo ello es válido para países en que se dan las premisas de libertad política y régimen democrático, pues en los regímenes de dictaduras políticas, si bien la interpretación de la Constitución a veces también se confía a los órganos judiciales, al faltar la libertad, estar mediatizado el poder judicial, y carecer de independencia o tenerla limitada, la interpretación que se lleve a cabo, no tendrá la fundamentación filosófica, moral y jurídica necesaria como ocurrió en la dictadura hitleriana, donde los jueces aplicaron leyes contrarias al Derecho Natural, e interpretaron otras en el mismo sentido. Igualmente es aplicable

a la interpretación constitucional que se hace, y más intensamente se hizo en tiempos pasados en la URSS, donde la mediatización del poder judicial por el órgano del partido comunista produjo, que se interpretasen las leyes constitucionales desde motivaciones políticas y de partido, en clara violación en numerosos casos de las libertades y derechos fundamentales.

En relación con las actuaciones políticas del Poder Judicial, vamos a revisar cómo la doctrina de las "political questions", trata de delimitar el área de asuntos políticos, frente al ámbito propio de competencia judicial.

#### 4.3.- PODER JUDICIAL Y "POLITICAL QUESTIONS"

##### EN ESTADOS UNIDOS

En sentido general, en el sistema constitucional de los Estados Unidos, el Poder Judicial carece de competencia para conocer, "cuestiones políticas", "political questions", cuya naturaleza es ajena a la función jurisdiccional, pero hay que hacer algunas matizaciones que perfilan el tema con más exactitud.

Veaver señala que las cuestiones políticas no están sujetas al control judicial. Los tribunales deben dejar la decisión de tales cuestiones a las ramas ejecutiva y legislativa del gobierno. Estas ramas tienen a su cargo los asuntos políticos, y la procedencia de lo que debe ser hecho en el ejercicio de su

poder político no está sujeta a la investigación o decisión judicial<sup>66</sup>.

Como dice García Pelayo, no existe ninguna definición autorizada de lo que debe entenderse por cuestión política, por consiguiente, la determinación de si una cuestión cae dentro de tal categoría, es algo que decidirá el Tribunal<sup>66</sup>. Como vemos, se puede ver en ello un factor original por el hecho de que sea el mismo Tribunal el que decida y según unos criterios que no están firmemente establecidos.

Se han citado diferentes cuestiones para justificar la decisión del Tribunal; la carencia de una norma jurídica aplicable, el principio de la división de poderes, y el tratarse de problemas que debe decidir el cuerpo electoral. Pero en opinión de Gordon Post, después de clarificar y analizar toda la serie de casos decididos por el Tribunal Supremo que encerraban "cuestiones políticas", rechaza tales fundamentos, y llega<sup>67</sup> a la conclusión de que se trata de una categoría práctica y oportunista, fundada bien en la necesidad de favorecer el poder de la Federación frente al exterior o al interior, bien en el deseo del Tribunal de no situarse en oposición con el Presidente y el Congreso. Este objetivo práctico es el que condiciona el juicio, por más que el Tribunal lo sustente luego en la división de poderes, en los derechos del electorado o en otra razón cualquiera.

Otro fundamento para construir una "political question"<sup>68</sup>, es el negarse a judicializar los conflictos que no provocan los

propios órganos constitucionales. El Tribunal Supremo no se pronunciará sobre un tema en el que el Congreso o el Presidente no han utilizado sus poderes para solucionar sus conflictos. Ejemplos típicos son: Vietnam, Goldwater, Carter, etc. El fundamento no es otro que, la creencia de que cada poder es autosuficiente y debe procurar todos los medios a su alcance para hacer valer sus atribuciones.

No se trata como en la doctrina constitucional europea de que la legitimación está limitada a los órganos que entienden que se ha producido el conflicto, sino pura y simplemente de no aceptar resoluciones de conflicto para la que otros poderes tienen medios de solución que el Tribunal estima suficientes. Se trata de una concepción del proceso en general totalmente distinta de la europea debido a la peculiar situación del Tribunal Supremo que en sí mismo tiene el origen del "*judicial review*"<sup>67</sup>, de carácter jurisprudencial que le obliga a buscar un equilibrio con el resto de los poderes mucho más refinadamente que en el caso en que la jurisdicción constitucional está abiertamente reconocida y atribuida a un órgano constitucional distinto del tradicional judicial.

Con arreglo a todo lo dicho es evidente que cuestiones que hoy caen dentro de la competencia de la Judicatura, pueden más adelante considerarse como políticas. Si la necesidad requiera la concentración de la decisión en los departamentos políticos, el Tribunal encontrará una útil categoría en la doctrina de las "cuestiones políticas".

Pero que las "cuestiones políticas" no sean justiciables, no debe dar lugar a confusiones, pues lo que escapa a la competencia del Poder Judicial es la revisión del juicio de valor de sustancia política, pero en manera alguna las proyecciones del acto político sobre los derechos constitucionales, cuyo amparo es misión específica de los tribunales de justicia.

Ghigliani señala sobre esto: "...si bien estos actos políticos están sometidos únicamente al control político, y no existe medio frente a ellos para impulsar la actividad jurisdiccional, si alguien impugna su validez porque lesionan directamente un derecho individual, pueden entonces los jueces axaminar su constitucionalidad en la misma medida que con respecto a cualquier otro no producido en ejercicio de la función política o de gobierno, y decidir en el caso. No ceden ante ellos, en la hipótesis, las garantías de la libertad civil, que comprenden todos los derechos inherentes a la personalidad humana, es decir, los que reconoce la Constitución al individuo en su cualidad de tal"<sup>70</sup>.

Tras toda esta problemática de las "political questions", y de la falta de criterios firmemente establecidos sobre la decisión que tome el Tribunal Supremo acerca de la naturaleza política o no de un problema, está la tensión entre la judicialización de la política y politización de la justicia.

Como opina Loewenstein, los titulares del poder políticamente responsables, Gobierno y Parlamento, están expuestos a la tentación de llevar ante el Tribunal el conflicto político. Los



Jueces por su parte están obligados a sustituir las decisiones de los responsables titulares del poder por sus juicios políticos, camuflados en forma de sentencia judicial. Instalar un Tribunal como árbitro supremo del proceso del poder, y éste es el núcleo de la judicialización de la política, transformaría en último término el sistema gubernamental en un dominio de los jueces, o en una judiciocracia<sup>71</sup>.

Hay autores como Bielsa que destacan y mantienen que el Tribunal Supremo no debe ser nunca considerado como Tribunal político; ni aun en el sentido restringido que se le acostumbra a considerar, pero aunque los razonamientos desde el punto de vista jurídico son acertados, la realidad apoya la consideración jurídico-política del Tribunal<sup>72</sup>.

Posición contraria mantiene Hauriou que expresa al respecto: "El Tribunal Supremo ha desempeñado siempre un papel político aunque algunos comentaristas lo nieguen"<sup>73</sup>. Y en la misma línea afirma el Chief-justice Hughes: "Estamos... regidos por una Constitución, pero esta Constitución es lo que los jueces dicen que es". El juez Holmes en 1917, sobre este punto declara: "Acepto sin ninguna duda que los jueces legislan, y que deben hacerlo"<sup>74</sup>.

R.H. Jackson compara el Tribunal Supremo a una convención constitucional permanente, que sin someter a ratificación alguna, podría modificar la ley fundamental. Sin embargo este papel político que desempeña el Tribunal Supremo, presenta períodos de actividad más o menos intensos, y puede ejercerse, como ha

ocurrido, tanto en sentido conservador como en sentido progresista<sup>78</sup>, dependiendo de los distintos factores extrajurídicos, políticos y sociales que condicionan su actuación. En el fondo la polémica sobre la actividad del Tribunal Supremo y sus consecuencias radica en la tensión entre Política y Derecho, que cuestiona si los problemas que se le someten pueden resolverse con criterio jurídico, si problemas políticos son susceptibles de judicializarse, si el poder del Tribunal Supremo de enmendar o revisar la Constitución tiene un fundamento democrático, y cuáles son sus argumentos legitimadores para imponerse a la voluntad de las Cámaras que son expresión de la voluntad popular a través de sus representantes.

A pesar de esta problemática es innegable que el Tribunal Supremo ha venido desarrollando una actividad con un carácter político que ha oscilado en intensidad y en tendencias. De hecho se pueden señalar tres periodos:

a) De 1801 a 1835, en el que el Tribunal Supremo inaugura el control de federalismo, y después el de la constitucionalidad de las leyes, bajo el impulso del Juez Marshall. El Tribunal y el cuerpo judicial se afirman como poder y como regulador de la vida constitucional.

La actividad judicial revisora de la constitucionalidad de las otras funciones del poder estatal cobró nuevo empuje con la aprobación de la Enmienda XIV introducida después de la guerra civil (1868). Esta Enmienda recogía la vinculación de los gobiernos de los Estados a la exigencia del «proceso debido»

(«due process of law», y a la de «igualdad ante la ley»), con las que se pretendía la protección de los habitantes de color frente a las medidas discriminatorias que pudieran promulgar las legislaturas estatales. Pero la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el «Slaughterhouse Case», (1873) desvía un tanto los efectos, al declarar el Tribunal su intención de no ceñirse a las pretensiones inspiradoras de la Enmienda XIV en lo que afectaba a la destrucción de la autonomía legislativa de los Estados.

La jurisprudencia establecida con la sentencia «Slaughterhouse Case», se reforzó con la sentencia del «civil Rights Case», de 1883 que declaraba inconstitucional la regulación fijada por la Ley de Derechos Civiles de 1875 en lo concerniente a la circulación y acomodo en lugares públicos para toda la población sin discriminación de raza o color, por suponer una invasión federal de los derechos privados, e interpretando la Enmienda XIV en el sentido de que su texto no autorizaba al legislativo federal a dar órdenes a los Estados.

El intervencionismo legislativo del poder judicial se orientará a la actividad económica en función del fuerte proceso de industrialización del último cuarto del siglo XIX. Intervencionismo judicial que incidió con mayor intensidad en la actividad legislativa de los Estados.

b) Desde finales del siglo XIX, hasta 1937, la actuación del Tribunal Supremo se caracteriza por un activismo conservador<sup>7\*</sup>. El control de la constitucionalidad se extiende no sólo a las leyes del Congreso, sino también a las mismas enmiendas de la

Constitución, y da lugar a un retroceso en una serie de reformas sociales.

Los criterios de las decisiones judiciales respecto a la actuación legislativa, -especialmente, la "oportunidad", "proporcionalidad", y "razonabilidad" de las leyes-, entre el período de 1890 a 1937, significó que los jueces impusieron una determinada política económica, a través de la revisión y numerosos rechazos de la legislación política, social y económica del Congreso y de los Estados. Una muestra decisiva del "activismo político" del Tribunal Supremo es en 1905, en el caso "Lochner versus New York".

Concretamente, el caso Lochner, supuso ya el inicio de una auténtica invasión del poder legislativo por parte de los jueces, un verdadero "gobierno de los jueces", como lo designa J. Lambert<sup>77</sup>. Como consecuencia de la doctrina del "debido proceso de derecho", en tanto que "derecho razonable", la revisión judicial dejó de tener límites definidos, toda vez que la facultad de los Tribunales para estimar la constitucionalidad de una ley, a través de la enmienda XIV, dependía de la discrecionalidad del propio Tribunal. Bajo la eficacia incontrolable de la enmienda XIV, el Tribunal Supremo se había convertido en un verdadero dictador económico.

Tanto los Tribunales de los Estados, como el Tribunal Supremo Federal impusieron sus criterios socio-económicos al legislador, invalidando toda la legislación laboral, por considerar la "intrusión indebida", y "no razonable" del poder público en la

libertad contractual de los individuos. Resultado de esta orientación fue la jurisprudencia antisindical del Tribunal Supremo durante este período. La situación terminó en un enfrentamiento directo entre el Tribunal Supremo con la Presidencia de F.D. Roosevelt, y su programa de legislación social y laboral para afrontar la crisis económica de 1929 (New Deal)<sup>70</sup>. Véanse algunos casos concretos: En 1935, y 1936, el Tribunal Supremo anula el programa legislativo básico de política económica del gobierno; en 1935, invalida la National Industria Recovery Act (NIRA), y en 1936, la Agricultural Adjustment Act (AA), por interferir los poderes legislativos de los Estados. Asimismo, en 1936, el Tribunal Supremo, anula la Ley Federal del Carbón, (Guffey Coal Conservation Act), por la misma razón que las anteriores. En total, entre los años 1934 y 1937, se anularon 12 leyes del New Deal.

Después del enfrentamiento del Tribunal Supremo con el ejecutivo en el año 1937, al producirse diversos cambios personales de miembros del Tribunal y la aceptación relativa de nuevos valores constitucionales mantenidos por el New Deal, se instaura una nueva orientación en la estructura de la adecuación del Tribunal Supremo caracterizada por la sustitución del interés en "las libertades económicas" (en torno a las que se centró la actividad de la "judicial review" de la etapa anterior), por el interés en las "libertades civiles", consideradas como las que garantizan la dignidad humana y el proceso democrático.

La experiencia de la revisión judicial de la etapa anterior (extralimitación del "activismo" judicial) produjo, como

reacción, una actitud autolimitadora de la función judicial de revisión siguiendo la directriz de la presunción de constitucionalidad de las leyes. Pero no obstante, como estableció la importante sentencia "United States versus Caroline Products Co." (1938)<sup>72</sup>, aquel principio no puede aplicarse de manera uniforme, sino que tiene que someterse a condiciones muy restrictivas cuando las leyes contemplan prohibiciones de derechos y libertades recogidos en las diez primeras enmiendas de la Constitución.

Esta filosofía es la que orienta la jurisprudencia constitucional<sup>80</sup> entre los años 1937 y 1948, período durante el cual la función judicial de revisión de las leyes operada en base al postulado de las "libertades preferentes", invalidó en 14 ocasiones las actuaciones del gobierno dado que en todas ellas el poder público no estuvo en condiciones de demostrar que el ejercicio de la libertad, cuya limitación se pretendía, supusiese realmente un "peligro claro y actual". A partir de 1948, se utiliza como argumento la amenaza comunista, y la tensión de la guerra fría para dar comienzo a una "caza de brujas", y se abandona la comprobación de que realmente se trata de un peligro real, para proceder al limitar el ejercicio de una de las "libertades preferentes".

Concretamente en el caso "Dennis versus United States", 1951, el Tribunal en su sentencia establecía que el peligro de destrucción del Estado, por violencia interna supone siempre un fundamento para la limitación de las "libertades preferentes"<sup>81</sup>.

Como es sabido, al amparo de esta jurisprudencia se llevó a cabo una represión muy intensa de activistas políticos comunistas o no, que especialmente afectó al mundo del arte, la ciencia y la educación.

c) Tras el nombramiento del Presidente del Tribunal Supremo Earl Warren en 1953 por el Presidente Eisenhower, se abre un nuevo período de activismo progresista. A partir de ese momento, hasta que en 1962, con el retiro del juez Frankfurter (uno de los más radicales defensores de la autolimitación del Tribunal y partidario de la iniciación del mismo, en virtud de un entendimiento amplio del concepto de "cuestión política"), se inicia el período activista más brillante del Tribunal Warren<sup>22</sup> coincidiendo con la Presidencia de J.F. Kennedy y la recuperación del principio de acción basado en las "libertades preferentes", y que durará hasta el retiro del juez Warren en 1969.

El Tribunal Warren en sus actuaciones procedió a invadir sistemáticamente esferas de competencia que la doctrina anterior del Tribunal Supremo había considerado *Political Questions*, (había judicializado la redistribución electoral y había revisado la expulsión de senadores por el Congreso), y destacó por su activismo intervencionista, pero a diferencia de lo ocurrido en el período del New Deal, la idea fundamental era asegurar que el proceso político estuviese abierto a la participación de todas las opciones en igualdad de condiciones, basado en la integración racial e igualdad de representación política. El instrumento jurídico para todo ello fue el principio de igualdad recogido en la Enmienda XIV<sup>23</sup> que pretende el restablecimiento de la igualdad

real para los que por la sociedad han recibido un trato desigual. Se trata del viejo problema de cómo la igualdad real no se consigue con afirmaciones constitucionales solamente, sino que la realización pública del postulado requiere actuaciones que repongan las carencias que crean la desigualdad, es decir se hace preciso medidas y trato desigual; concretamente en el caso de la segregación racial, se manifestó un ejemplo evidente del problema.

Ahora bien, como dice García de Enterría, pocas veces, de forma tan expeditiva, y con tanta economía de medios se habrá realizado una "revolución legal" tan profunda y certera como la realizada por el Tribunal Warren"<sup>4</sup>.

En la oscilación pendular que la actuación constitucional del Tribunal Supremo ha seguido entre "activismo" y "autolimitación", el Tribunal Warren mantuvo una actividad creadora de Derecho constitucional muy intensa a través de la expresión de la función del Tribunal Supremo en ámbitos hasta entonces considerados "políticos", influyendo en la asignación de tareas a cada una de las funciones estatales. Como vemos la delimitación de lo que constituya asunto político, no ha tenido un marco fijo, sino que ha ido variando según las diferentes circunstancias y presiones de tendencias ideológicas.

Además el Tribunal se mostró muy activo en la imposición de obligaciones "afirmativas" de actuación a los poderes públicos, para llevar a cabo de manera eficaz lo que la Constitución ordena, para enmendar anteriores violaciones de la Constitución.



Concretamente puso en marcha la aplicación decidida de la "cláusula de igualdad", en una preocupación entusiasta, como ya hemos comentado, de extender y garantizar el uso de los derechos civiles como instrumentos de reforma social.

Fue el problema de la segregación racial el primer campo de acción reformista social emprendida por el Tribunal Warren. En el célebre caso "Brown versus Board Education", 1954, el Tribunal Supremo estimó que el mandato constitucional de la igual protección de las leyes" contenido en la Enmienda XIV era violado por cada Estado que distribuyese a los niños según su color. Esto fue el comienzo de una oleada igualitaria en los tribunales de rango inferior contra una multitud de discriminaciones legales por razones de sexo, minusvalía, residencia o pobreza. Frente al principio sentado por la jurisprudencia constitucional en 1896 "separate but equal", en la sentencia del Tribunal en el caso "Plessy versus Fergusson", en el Tribunal Warren, en 1954 establece qué "oportunidades educativas separadas son inherentemente desiguales"™.

Ahora bien no bastan las sentencias por sí solas para cambiar la realidad, pues aunque se puede afirmar la total libertad para escoger escuela, si no se modifican los factores económicos y culturales, estos producen una segregación racial y económica tan intensa como la que se pretendía resolver. Se hacía necesario una serie de cambios en las condiciones de vida, es decir, una transformación de la realidad que hiciera posible el poder usar de la libertad para escoger escuela.

Por ello el Tribunal Supremo inició un nuevo activismo judicial y ello transformó algunas sentencias en verdaderos "decretos judiciales" que abordaban la realización práctica de un sistema de educación racionalmente integrado. Se trataba de una verdadera transformación de las circunstancias materiales y económicas que hiciera posible la no segregación. Como hemos visto en otros aspectos de este trabajo, los factores económicos tienen un poder fáctico y condicionador de la realidad más eficaz que declaraciones o afirmaciones normativas en muchos casos, y el ejemplo que nos ocupa es una prueba evidente de ello.

Tras esa visión a grandes rasgos de la actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo, en sus diferentes etapas, en la que hemos señalado esquemáticamente cambios de criterios sobre lo que constituyan "cuestiones políticas", sobre lo que era campo preferencial de actividad, temas económicos o derechos civiles, sobre la actitud beligerante del Poder Judicial con los otros poderes del Estado, y sobre la fundamentación de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, entre el gobierno de jueces o simplemente mantener la supremacía de la Constitución, cabe preguntarse si hay una línea de actuación que predomine a lo largo de estos años. Como dice Commanger refiriéndose a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se puede afirmar que la actitud más generalizada ha sido conservadora, pues según sus palabras: "...en ciento cincuenta años, no se registra un solo caso en que el Tribunal Supremo haya protegido la libertad de palabra, de prensa o de reunión, o de petición contra los ataques del Congreso"<sup>22</sup>.

Pero aun reconociendo que ese juicio era sólo relativamente cierto y para un período ya citado, hay que destacar que sobre todo a partir de 1937 la judicatura ha seguido una actitud distinta. En verdad, en determinados casos el Tribunal Supremo ha tratado de impedir cambios, de actuar como freno ejerciendo una función de guardián de situaciones adquiridas, pero también es cierto que a partir de las fechas que hemos comentado ha hecho posible tanto el desarrollo de la Unión como el progreso de las minorías o la salvaguardia y la extensión de las libertades, acabando con una serie de prejuicios que parecían tener fuerza de ley o salvando obstáculos que la inactividad o la actitud contraria al Congreso o la presión de la opinión dominante contribuían a perpetuar. En definitiva ha desempeñado una función que el Congreso no hubiese podido desempeñar y que hubiese sido muy peligroso confiar al Presidente.

## 5. RECAPITULACION

Si a lo largo de este trabajo hemos reflexionado sobre la interacción entre normas y realidad, destacando cómo existe un diálogo o una tensión entre los dos parámetros, que durante casi dos siglos han tratado de establecer una adecuación e intentado salvar el alejamiento de la vida concreta que algunas Constituciones presentaban por su contenido retórico, general, programático o instrumentalista, es tiempo ahora que analicemos la importante misión de los jueces, que establecen el vínculo entre la norma que han de aplicar, seleccionar e interpretar, y los hechos de la vida real que el texto pretende normativizar.

Los jueces aprecian esa relación mutua y determinan su alcance, luego es evidente que todo lo relativo a su función nos es de extremo interés, pues de ellos depende que las Constituciones sean leyes vivas, que se realicen, que mantengan su espíritu en la aplicación en la realidad, que no se desvirtúe su intencionalidad y que sigan siendo textos vivos y útiles para una sociedad y realidad cambiante. Es decir son mediadores al más alto nivel entre los dos factores del diálogo.

Ahora bien esta función del Poder Judicial es realmente compleja y esto implica que influya en prácticamente todos los ámbitos del derecho, no sólo público sino privado, y por ello constituye un eslabón fundamental en esta tesis. Veamos a continuación sus principales aspectos.

1) Sin detenernos por conocida en la evolución del Poder Judicial partiendo de la separación de poderes, hemos llegado a la situación actual en la que se ha superado la supremacía de Poder Legislativo que prácticamente creó el Estado moderno del Bienestar, y que ante la necesidad de lograr mayor eficacia cede parte de su función al ejecutivo y a los cuerpos administrativos. Pero esta supremacía del Poder Ejecutivo en el Estado Social implica graves riesgos, por ejemplo, que la actividad del Parlamento se reduzca al desarrollo en normas jurídicas del programa de gobierno o que su función se limite a un mero instrumento de legalidad.

Se hace preciso, -y es aquí donde aparece el papel decisivo de Poder Judicial-, instrumentar un procedimiento que instaure un

equilibrio o control entre los poderes, una delimitación jurídica del ejecutivo que vigile los riesgos que implica su preponderancia, y un control del legislativo que asegure la supremacía de la Constitución sobre su producción normativa. Y es el Tribunal Constitucional o el Tribunal Supremo en el caso americano quien ocupa una posición de preeminencia como recorte del Poder Legislativo a través del control de constitucionalidad de las leyes; como control del Poder Judicial al proteger derechos y libertades fundamentales en amparo frente a los otros poderes y como límite del poder ejecutivo, a través del contencioso administrativo.

2) Se produce pues en la época actual una potenciación de la función judicial. Además de su proyección sobre los otros poderes que hemos citado, existe una cierta invasión de competencias en tanto que el poder judicial crea derecho por medio de la jurisprudencia, y de esta manera modifica y transforma el ordenamiento. Este último aspecto tiene detractores, pues se habla de "usurpación de funciones", de judicialización del Estado, de desbocamiento del tercer poder. Evidentemente hoy en día, el Poder Judicial ha superado su función clásica, ha alcanzado una posición de supremacía relativa, y su actividad no es puramente jurídica sino que reviste aspectos políticos.

3) Ello plantea el problema de la interacción de los poderes, es decir, la influencia de los poderes políticos sobre el judicial así como la cuestión de la independencia. Como analizamos en el tema, el procedimiento de acceso a la judicatura puede ser un factor de instrumentación política del Poder

Judicial. Luego en la situación actual, la independencia judicial no está exenta de los riesgos de resultar mediatizada por influencias políticas que de esta forma condicionen y manipulen la realización eficaz del texto constitucional.

4) El instrumento máximo dirigido a la aplicación y mantenimiento de la supremacía normativa de la Constitución, sin ser la única competencia de la jurisdicción constitucional, es el control de la constitucionalidad de las leyes. Pero ciertamente la jurisdicción constitucional es creación reciente y reviste características diversas según los sistemas; aparece como poder de control necesario, e incluso en Francia, -donde siempre hubo una actitud de desconfianza respecto al poder-, se ha aplicado un sistema de controles recíprocos en el que la potenciación del Poder Judicial constituye un instrumento necesario para la realización del equilibrio entre poderes.

Después de haber analizado los sistemas de jurisdicción constitucional desde el aspecto que nos interesa, es decir, su proyección en la consecución de la máxima operatividad del texto constitucional, estimamos que es en el sistema norteamericano donde se produce una mayor incidencia de la actividad jurisdiccional sobre la realidad. Han sido tan decisivos los efectos de la jurisprudencia constitucional, y han transformado de tal modo el texto que han hecho posible que siga vigente durante doscientos años, manteniéndose viva su conexión con la realidad, sin que cambios de todo tipo acaecidos hayan ocasionado su desaparición.

5) Ahora bien, la jurisdicción constitucional en su función de hacer máxima la operatividad de la Constitución parte de una actividad legislativa propia, ya que por medio de la interpretación produce una creación de Derecho innovando el ordenamiento. Y resulta evidente que este factor de innovar Derecho por los jueces es fundamental referido a las cláusulas constitucionales que poseen valor programático y que debe ser establecido por medio de sentencias. Luego la importancia que la función de los jueces alcanza es obvia y por ello, resulta explicable que desde distintos estadios se trate de mediatizar, de politizar o instrumentalizar. Concretamente, en el caso de los Estados Unidos, con plena justificación se habla de la "rewritting" de la Constitución llevada a cabo por el Tribunal Warren mediante la jurisprudencia; la interpretación realizada por los jueces ha sido en este caso favorecida por la flexibilidad del texto y es una prueba óptima de la función del Poder Judicial de mantenimiento de la conexión entre la realidad y el texto.

Resulta innegable que la politización que tal actividad lleva inserta es grande, ya que sus efectos y consecuencias son de tan amplio alcance. Como hemos visto la Constitución de los Estados Unidos ha ido variando mediante la interpretación que realizaban los jueces, que se modificaba según una serie de factores no perfectamente computables como, el poco definido marco de lo que son "political questions", las necesidades que la realidad cambiante demanda, la personalidad del Tribunal y las circunstancias políticas y sociales del momento. Y ejemplo de

ello es la oscilación entre actividad progresista o reaccionaria en el terreno económico, social y especialmente en el campo de los derechos civiles que se ha venido sucediendo, así como la relatividad de lo que se ha considerado "cuestiones políticas".

Luego en el esquema de este trabajo el caso americano ejemplifica cuán variable puede ser la aplicación o realización de la Constitución a través de la mediatización de los jueces. Sus criterios de interpretación, de innovación de la ley son decisivos para que se plasme en la realidad el espíritu de la Constitución, para que no se incumpla y no se desvalorice. Existe pues una interacción entre poder político y actuación judicial tan real que se puede considerar existe una judicialización de la política y una politización de la justicia, con lo que ello implica de dependencia y continua incidencia de factores extrajurídicos en el campo de la jurisdicción.

Las consecuencias de todo ello se han podido comprobar, en este capítulo, en la diversa orientación que ha seguido la jurisprudencia y la aplicación de la Constitución de Estados Unidos.

En los Capítulos VII y VIII procederemos a analizar este problema en relación a dos Constituciones modernas como la italiana de 1947 y la española de 1978.



## 6. NOTAS

- 1) Cf. R. García Cotarelo, *Del Estado del Bienestar al Estado del Malestar*, CEC, Madrid, 1986, pág. 165.
- 2) Sobre cómo los Parlamentos han demostrado su incapacidad para actuar como instrumentos omnipotentes en favor del desarrollo social, véase la crítica muy severa de Milton Friedman, *Capitalism and Freedom*, The University of Chicago Press, Londres, Chicago, 1962.
- 3) Vid. R. García Cotarelo, op. cit., pág. 165.
- 4) Sobre este tema véase M. Cappelletti, (comp.) *Introduction a New Perspectives, for a Common Law in Europe*, Bruylant, Bruselas, 1978, págs. 19 y 20.
- 5) Se señala una creatividad creciente de los jueces, como uno de los remedios a la crisis del legislativo en el Estado contemporáneo, especialmente por Calabresi, "Incentives, Regulations and the Problem of Legal Obsolescence", en *New Perspectives...*, op. cit., Sobre la objeción contra la elaboración de derecho por los tribunales, porque no es democrático, véase, Lord H. Devlin, "Judges and Lawmakers", *Modern Law Review*, nº 39, 1976. Hay una amplia literatura sobre el tema, en especial, en los Estados Unidos. Ver J.H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harward University Press, Cambridge, 1980.
- 6) Cf. Mauro Cappelletti, "El formidable problema de control judicial y la contribución del análisis comparado", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 13, 1980, pág. 95.
- 7) Cf. Luis Mosquera, "La posición del Poder Judicial". *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, dirigido por A. Predieri y G. Enterria, Civitas, Madrid, 1980, pág. 725.
- 8) *Ibid.*, pág. 724.
- 9) Sobre la independencia de los jueces véase de Michael Lessage, *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la Justice*, L.G. de D. et J., Paris, 1960. Alessandro Giuliani y Nicola Picardi, *La responsabilità del giudice*, Giuffrè, Milano, 1987.

- 10) Véase sobre este problema Gregorio Peces Barba, *La Constitución española. Un estudio de Derecho y Política*, Facultad de Derecho, Valencia, 1984, pág. 157.
- 11) Véase sobre este tema, J. Castán, "La formulación judicial del Derecho", *Rev. General de Jurisprudencia y Legislación*, nº 48, Madrid, 1954.
- 12) Sobre el Poder Judicial, Enrique Alvarez Conde, *El Régimen Político Español*, Tecnos, Madrid, 1983, pág. 284.
- 13) Vid. G. Peces Barba, op. cit., pág. 160.
- 14) Cf. Dieter Simon, *La independencia del juez*, Editorial Ariel, Barcelona, 1985, pág. 9.
- 15) En relación con la justicia política de Weimar son básicas las documentaciones de Gumbel, *Politische Justiz, 1918-1933*, H. y E., Hannover, 1966. Asimismo los ensayos de Kuttner, en la revista *Vorwärts*, Berlín, 6,8. Especialmente, "Klassenjustiz", 1913, "Warum versagt die Justiz?", 1921.
- 16) Sobre los jueces en el Tercer Reich es fundamental la obra de Kaul, *Geschichte des Reichsgerichts*, (Vol. 4, 1933-1945), Glashütten, 1971.
- 17) Datos relativos a la federación de juristas alemanes nacionalsocialistas se exponen en Frisching, *Die deutschen Richtervereinigungen*, R.P.A. Verlag, Friburgo, 1936.
- 18) Vid. E. García de Enterría, "La posición del Tribunal Constitucional Español : posibilidades y perspectivas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 5, 1982, pág. 68.
- 19) Véase sobre el tema: F. Sainz Moreno, "Tribunal Constitucional Federal Alemán", en BJC, nº 8, 1981. E. Denninger, *Freiheitliche demokratische Grundordnung*, 2 Vols., J.B.C. Mohr, Frankfurt, 1976.
- 20) Sobre la tesis de la "usurpación" de poderes por el Tribunal Supremo norteamericano, que comenzó siendo una tesis sobre la falta de soporte constitucional de la "judicial review" que se autoatribuyó en *Marbury V. Madison*, y que hoy se ha extendido como argumento

básico contra la jurisprudencia Warren. Véase: R. Berger, *Government by Judiciary. The transformation of the fourteenth Amendment*, Harvard University Press, Harvard, 1977. Ch. Black, *The People and the Court Judicial review in a democracy*, R. Press, Westport, Conn., 1960.

- 21) Cf. R. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats Unis*, P.U.F., París, 1921.
- 22) Cf. M. García Palayo, *Derecho constitucional comparado*, 8ª ed., Revista de Occidente, Madrid, 1967, pág. 442.
- 23) *Ibíd.*, pág. 353.
- 24) Entre la numerosa bibliografía sobre el sistema judicial inglés véase: Sir Ivor Jennings, *El régimen político de la Gran Bretaña*, Ariel, Madrid, 1962, y *The Law and the Constitution*, 5ª ed., Londres, (7ª reimpresión), 1972. J. Pere Raluy, "La jurisdicción ordinaria en Inglaterra y Gales", en *La organización en Inglaterra*, ob. colec. C.S.I.S., Barcelona, 1960, págs. 40 y 41. M. Romero Gómez, *La Constitución británica: una síntesis interpretativa*, Publicaciones de la E.E. Hispanoamericana, Sevilla, 1960. W. Bachegot, *La Constitución inglesa*, trad. de A. Posada, La España Moderna, Madrid, 1942.
- 25) Sobre el Poder Judicial en España véase entre otras obras: P. Andrés Ibañez, *El Poder Judicial*, Tecnos, Madrid, 1986. VV.AA., *El Poder Judicial*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983. L. Prieto-Castro y Ferrándiz, J. Almagro Moseta y M. González Delaite, *Tribunales Españoles. Organización y funcionamiento*, Tecnos, Madrid, 1979 y Rosa Ruiz Lapaeña, "El Tribunal Constitucional", en *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Ed. M. Ramírez, Libros Pórtico, Zaragoza, 1975. M. Iracheta Iracheta, "La selección de ingreso de los Jueces y Magistrados en la Ley Orgánica del Poder Judicial", en *Terceras Jornadas de Derecho Judicial*, Tomo II, Madrid, 1987.
- 26) Vid. P. Lucas Verdú, *Curso de Derecho*, op. cit., Vol. IV, pág. 839.
- 27) Cf. M. Aragón Reyes, "El control de constitucionalidad en la Constitución española de 1978", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 13, 1979, pág. 175.

- 28) Son muchos los autores que se han referido a la politización de las sentencias del Tribunal Constitucional referida a la LOAPA y a RUMASA. Véase: P. Lucas Verdú, *Curso de Derecho...*, op. cit., Vol. IV, pág. 843.
- 29) Respecto al tema, E. García de Enterría, "La Constitución como norma jurídica", en *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, CEC, Madrid, 1981, P. Lucas Verdú, *Curso de Derecho Político*, Vol. IV, Tecnos, Madrid, 1977.
- 30) Sobre los diferentes sistemas de control de constitucionalidad, véase: M. Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World*, Bobbs Merrill, Indianapolis, 1971. F. Batailler, *Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel*, Vançon, París, 1966. E.V. Rostow, "The democratic character of judicial review", en *Harvard Law Review*, 192, Harvard, 1952. M.S. Corwin, *The doctrine of judicial review. Its legal and historical basis and other essays*, University Press, Mass., Gloucester, 1963.
- 31) Sobre la función del Tribunal Supremo, véase: A. Cox, *The role of the Supreme Court in American Government*, University Press, Oxford, 1976. P. Vialle, *La Cour Supreme et la Representation Politique aux Etats Unis*, París, P.U.F., 1972.
- 32) Vid. J. Lambert, op. cit., pág. 165.
- 33) Para una visión comparativa las obras de M. Cappelletti, *Judicial Review...*, op. cit., y *Comparative Constitutional Law*, Bobbs Merrill, Indianapolis, 1979, del mismo autor.
- 34) Entre la numerosa bibliografía sobre los tipos de jurisdicción constitucional, véase: Salvatore Romano, *L'ordinamento giuridico e il sistema positivo della giurisdiczione in generale e della giurisdiczione costituzionale in particolare*, Giuffrè, Milano, 1961. Galeotti, *La garanzia costituzionale*, R.J.P., Milano, 1950.
- 35) Véase sobre la Constitución austriaca: Ch. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, P.U.F., París, 1928. Adamovich, *Esperienze delle C.C. Rep. Austriaca*, RISQ,

1954, pág. 3. F. Ermarcora, *Der Verfassungsgerichtshot*, Duncker-Humblot, Graz, 1965.

- 36) Sobre la poderosa acción transformadora de la jurisprudencia del Tribunal Warren escribe B. Schwartz, *Los diez...* op. it., pág. 91: "Sus sentencias han pasado a ser consideradas como las más importantes de toda la historia del Tribunal Supremo. Su impacto en la vida social sólo puede compararse al que produce una revolución política o un conflicto armado.
- 37) El Tribunal Supremo inaugura la nueva tendencia activista en el campo de derechos humanos con la sentencia *US versus Carolina Products*. Véase B. Schwartz, op. cit., pág. 218.
- 38) Cf. S. Linares Quintana, *Derecho Constitucional e instituciones políticas*, 3 Vols. Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1981.
- 39) Conseil d'Etat, sentencia de 26 de junio de 1959, *Syndicat General des Ingenieurs-Conseils*. Cf. Dalloz, *Jurisprudence* (D. Jur.), 1959, pág. 541. Sirey, *Jurisprudence*, (S. Jur.), 1950, pág. 202.
- 40) Véase Sentencia de 16 de julio de 1971 del Conseil Constitutionnel, en *Journal Officiel* de 18 de julio de 1971, así como el comentario de Duverger en *Le Monde* de 7 de agosto de 1971, en el que invoca el abandono de prejuicios con siglos de antigüedad y la adopción sin reservas de la doctrina *Marbury* en Francia.
- 41) Vid. M. Cappelletti, *El "formidable problema..."*, op. cit., pág. 71.
- 42) Ver Sentencia de 24 de mayo de 1975 de Court de Cassation, *Chambre Mixte, Administration des Douanes versus Société Cafés Jacques Vabre, S.A.*, en "D. Jur.", 1975, pág. 497.
- 43) Sobre la polémica respecto a la naturaleza y origen del Conseil Constitutionnel, véase: P. Alliez, *L'étatique et la politique*, fascículo V. "*La V<sup>e</sup> République*", La Breche, Montpellier, 1981.
- 44) Cf. F. Rubio Llorente y M. Aragón Reyes, "La jurisdicción constitucional", en el libro colectivo *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*,

- comp. A. Predieri y E.G. de Enterría, Cívitas, Madrid, 1980.
- 45) Cf. R. de Lacharrière, "Opinión disidente", *Pouvoirs*, nº 13, 1980, págs. 133-150.
- 46) Cf. E. García de Enterría, "La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 5, 1985, pág. 94.
- 47) Cf. Jacques Cadart, *Institutions politiques et Droit constitutionnel*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, París, 1957, Vol. I, pág. 156.
- 48) Vid. J. Cadart, op. cit., pág. 158.
- 49) Vid. I. Otto Pardo, "La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional", en *El Tribunal Constitucional*, Vol. III, op. cit., pág. 1135.
- 50) Entre los numerosos autores, véase: Laferrière, *Manuel de Droit Constitutionnel*, Vançon, París, 1947. Ch. Cadoux, *Droit Constitutionnel et institutions politiques*, Tomo I, ed. Cuya, París, 1973. P. de Vega, *Jurisdicción constitucional...*, op. cit., Gumersindo Trujillo, op. cit., pág. 153.
- 51) Bernad Chateabout matiza la tesis de que el control de constitucionalidad sea patrimonio más de la tradición liberal que de la democracia, en *Droit Constitutionnel et Science Politique Economica*, P.U.F., París, 1978, pág. 61. El planteamiento clásico de la crítica a la jurisdicción constitucional se puede encontrar en trabajos recogidos en P. Häberle, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Müller, Darmstadt, 1976.
- 52) Cf. J. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harward University Press, Harward, 1980.
- 53) H. Forsythoff, *Probleme der Verfassungsinterpretation*, en libro colectivo dirigido por K. Dreier y F. Schwegmann, Duncken Humblot, Berlín, 1976.
- 54) Vid. H. Devlin, op. cit., pág. 69.

- 55) Respecto a la famosa polémica, véase: E. Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, op. cit., J.C. Bayón, "La interpretación de la Constitución en la reciente doctrina", en *Revista de las Cortes Generales*, nº 4, 1985.
- 56) El Juez Brandeis, en uno de sus votos particulares en 1924 afirmó que el Tribunal se había convertido en una "superlegislatura". Vid. Corwin, *The Constitution and what it means today*, (rev. by Chase y Ducat), 14 ed. Princenton, 1978, pág. 223.
- 57) Vid. J. Ely, op. cit., pág. 20 y ss.
- 58) Cf. Bickel, *The least dangerous branch the Supreme Court at the bar of Politics*, New Press, Indianapolis, 1962.
- 59) Vid. J. Ely, op. cit., pág. 214.
- 60) El criterio de que la Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, y que ninguna disposición debe considerarse aisladamente, es sostenido por Linares Quintana, op. cit., Tomo II, pág. 479.
- 61) Vid. García de Enterría, op. cit., pág. 106.
- 62) Sobre este aspecto véase: Gumerindo Trujillo, "Juicio de legitimidad e interpretación constitucional. Cuestiones problemáticas en el horizonte constitucional español" en *Revista de Estudios Políticos*, nº 7, 1984, pág. 153.
- 63) Referido a las alternativas en el sistema de interpretación y al posibilismo, véase: P. Lucas Verdú, op. cit., Vol. IV, pág. 286.
- 64) Muy sugestiva sobre este problema es la obra de F. von Hippel, *Die Perversion des rechtsordnungen*, R.P.D., Tübingen, 1955.
- 65) Sobre "Political Questions", véase: Enrique Alonso García, "El Tribunal Burger y la doctrina de las Political questions en los Estados Unidos", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. I, nº 1, enero-abril, 1981. Weston, *Political Questions*, 38 arv. L. Rev. 196, 1925, y Wechsler, "Towards Neutral

- Principles of Constitutional Law", 73, *Harv. Law Rev.*, 1959.
- 66) Cf. Samuel P. Weaver, *Constitutional Law and its administration*, Macmillan, London, 1979, pág. 212.
- 67) Vid. M. García Pelayo, op. cit., pág. 340.
- 68) Cf. C. Gordon Post, *The supreme Court and Political Questions*, Basic Books, Baltimore, 1936, pág. 130.
- 69) Muy interesante es la obra de M. Cappelletti, "The Mighty Problem of Judicial Review and the Constitution of Comparative Analysis", *Southern California Law Review*, 73, 1959.
- 70) Cf. A. Chigliani, *Del control jurisdiccional de constitucionalidad*, ed. De Palma, Milano, 1952, pág. 88.
- 71) Vid. K. Loewenstein, op. cit., pág. 260.
- 72) Vid. R. Bielsa, *La protección constitucional y el recurso extraordinario*, op. cit., pág. 111.
- 73) Vid. A. Hauriou, op. cit., pág. 473.
- 74) Cf. Ch. Evans Hughes, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1946, pág. 52.
- 75) Cf. R.M. Jackson, *The Supreme Court in the american system of government*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1955, pág. 76.
- 76) Sobre los peligros del "activismo judicial" (en la interpretación) ya estuviesen amparados en el "sociologismo", el "derecho libre", o al "uso alternativo del derecho", en Europa, o en el "realismo jurídico" norteamericano, véase sobre todo ello: Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè, Milán, 1962. Rumble, *American Legal Realism*, Cornell University Press, Ithaca, Nueva York, 1968. Volpe, *L'ingiustizia delle leggi*, Giuffrè, Milán, 1977. Twining, "Talk about realism", *New York Univ. Law review*, Vol. 60, nº 3, junio, 1985.
- 77) Vid. J. Lambert, op. cit., pág. 78. Además véase: R. Berger, *Government by Judiciary. The Transformation of*



- the fourteenth Amendment, University Press, Harward, 1977.
- 78) Sobre el New Deal, véase: L. Einaudi, *Roosevelt et la Revolution du New Deal*, Trad. francesa, 1961. J.P. Lasalle, *La Cour Suprême et le problème communiste aux Etats Unis*, 1960. J. Lambert, *Histoire constitutionnelle de l'Union americaine, 1930-37*. A. Mathiot, *La vie politique aux Etats Unis et les Tendances récentes*, IEP, Paris, 1964-65.
- 79) Cf. J. Ferrando Badía, (Comp.), *Regimenes Políticos actuales*, Tecnos, Madrid, 1981, pág. 567.
- 80) Referidas a la interpretación constitucional norteamericana, entre una vasta bibliografía: J.C. Bayón, "La interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana", en *Revista de las Cortes Generales*, nº 4, 1985. M.J. Perry, "The Authority of Text Tradition and Reason : a Theory of Constitutional Interpretation", en *Southern California, L. Review*, Vol. 58, nº 2, 1985. Una buena crítica en el mismo número de esa revista, L. Simon, "The Authority of the Constitution and its Meaning: A preface to a theory of constitutional interpretation" y M.V. Tushnet, "A Note on the Revival of Textualism in Constitutional Theory".
- 81) Vid. J. Ferrando Badía, (Comp.), op. cit., pág. 568.
- 82) Entre las numerosas obras sobre el Tribunal Warren, véase: A. Cox, *The Warren Court Constitutional decision as an instrument of reform*, Cambridge University Press, Cambridge, Mass., 1971. F.B. Kurland, *Politics, the Constitution and the Warren Court*, Basic Books, Chicago, 1970. L. Levy, *The Supreme Court under E. Warren*, Basic Books, New York, 1972. B. Schwartz, *Los diez mejores jueces en la historia norteamericana*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1980. A. Mathiot, *La vie politique aux Etats Unis et les tendances récentes*, IEP, Paris, 1964-65. P. Julliard y P. Pinto, *La jurisprudence de la Cour Suprême des Etats Unis*, Calmann-Levy, Paris, 1957. J.P. Lasalle, *La Cour Suprême et le problème communiste aux Etats Unis*, A. Colin, Paris, 1960.
- 83) Es interesante sobre este aspecto: J. Schmidt, *La notion d'égalité dans la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats Unis d'Amerique*, Revue International de Droit Comparé, nº 1, 1987.

- 84) Vid. G. García de Enterría, op. cit., pág. 171.
- 85) Vid. H.S. Corwin, *The Constitution...*, op. cit., pág. 500 y ss.
- 86) Cf. H.S. Comanger, *Majority rule and Minority Rights*, University Press, Oxford, 1943, pág. 55.

VI. CASO ESPECIAL : LA EFICACIA  
DE LOS DERECHOS HUMANOS FRENTE  
A TERCEROS

## INTRODUCCION

En los capítulos anteriores hemos considerado los aspectos públicos de las relaciones entre las Constituciones y la realidad política y social, y hemos analizado cómo esa interacción produce todo tipo de transformaciones, viendo también cómo los sistemas políticos constitucionales cuentan con elementos adecuados para integrar estos cambios, tanto en el aspecto técnico-mecánico, (esto es, procedimientos de revisión constitucional) como en el humano (función del Poder Judicial). Dado el carácter predominantemente liberal de los sistemas políticos occidentales, fundamentado en una distinción drástica entre el ámbito del derecho público y el privado, que está siendo cuestionada en los últimos tiempos, parece oportuno considerar la forma en que nuestro objeto de estudio incide en el campo de las relaciones privadas.

Se trata de analizar los efectos de los derechos fundamentales, -típicas disposiciones constitucionales-, frente a terceros, lo que en Alemania ha recibido el nombre de *Drittwirkung*. Requiere este tema nuestra atención y asimismo ha sido objeto del interés de numerosos autores, que han defendido controvertidas posiciones dentro de la doctrina, al tiempo que ha dado origen a una cierta jurisprudencia.

Evidentemente, se trata de un asunto muy complejo, que hay que delimitar en el marco existente hoy en día, en el que se da una necesaria e íntima relación complementaria entre las

tradicionales libertades públicas de signo individual, y los contemporáneos derechos sociales en un Estado social y democrático.

Ahora bien, si las Constituciones han de regular eficazmente la totalidad del orden político y social, no pueden negarse a regular estos aspectos privados, y tienen aún en el caso de no expresarlo textualmente, que contener los principios que inspiren la jurisprudencia constitucional sobre tales relaciones entre particulares, dado sobre todo que el sistema político constitucional liberal entiende conseguidos sus objetivos cuando las normas constitucionales, o de derecho público sirven para consolidar y garantizar el ámbito privado en cuanto ámbito de libertad.

Y es aquí, donde en vinculación con el tema anterior, aparece la función destacada que desempeñan los jueces, ya que al estar en contacto directo con la realidad de las relaciones privadas, a las que aplican las leyes, son ellos los creadores de la *Drittwirkung*. En el desarrollo de esta idea, se evidencia que los jueces, mediante la *Drittwirkung*, coadyuvan en el acercamiento de Constitución y sociedad, es decir, en la realización de la Constitución en el ámbito privado, en la conexión entre texto constitucional e individuo.

En otro aspecto, la proyección de la Constitución sobre las relaciones privadas, es decir, la existencia de relaciones privadas constitucionales, es la mejor garantía de conservación del Estado de Derecho, ya que todo lo que significa realización y

aplicación de la Constitución en la vida real, e incluso en el concreto espacio del ámbito individual, tiene en nuestra opinión, efecto estabilizador y garantista del orden social y político. Todo ello justifica el interés de este tema y su engarce en la línea discursiva de este trabajo.

## 1. SOBRE LA VALIDEZ Y EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

### 1.1.- DOCTRINA GENERAL

La eficacia y la validez de los Derechos Fundamentales no quedan en modo alguno aseguradas con las meras Declaraciones que preceden o están en los textos constitucionales del Estado liberal, y aunque los autores de las Declaraciones, como escribe J. de Esteban, estaban convencidos de que la fuerza invencible y la evidencia de los axiomas políticos abstractos que precedían a las Constituciones garantizarían un respeto eficaz, la historia demostrará que la incontestable justicia de esos Derechos no es suficiente para otorgar a estos la protección práctica necesaria'.

Resulta indiscutible que hay que protegerlos de modo jurídico y eficaz; es decir, es preciso incorporarlos al Derecho positivo. A lo largo de los siglos XIX y XX tendrá lugar un fenómeno de racionalización jurídica conducente a su inclusión en los ordenamientos positivos concretos, instrumentando a la vez garantías que los complementen.

Se trata de lograr una eficacia y validez en el terreno práctico; en ese proceso se acudirá al mecanismo elaborado por la técnica del Derecho Privado, del derecho subjetivo como garantía que la norma jurídica atribuye al sujeto en cuanto tal. Se acuña de esta suerte, la figura del "derecho público subjetivo", elaboración de la escuela germánica, que constituye la forma jurídica por excelencia de derechos fundamentales.

El resultado de este proceso es que se produce la construcción jurídica de los Derechos Fundamentales y progresivamente se diseña un cuerpo teórico compacto que los enumera, así como las características que se han de incluir para que se puedan considerar ordenamiento positivo vigente, e implique verdadera protección y reconocimiento de tales Derechos<sup>2</sup>.

Los requisitos necesarios, según Peces Barba, serían:

- 1) "Reconocimiento por una norma jurídica positiva.
- 2) Que de dicha norma derive la posibilidad para los sujetos de Derechos, de atribuirse como facultad, como derecho subjetivo, ese derecho fundamental.
- 3) Que los infractores de las normas, y por lo tanto el desconocimiento de los derechos subjetivos que derivan de ellas, legitime a los titulares ofendidos para pretender de los Tribunales de justicia el restablecimiento de la situación y la protección del derecho subjetivo, utilizando si fuera necesario para ello, la fuerza coactiva del Estado"<sup>3</sup>.

Pero no basta con la afirmación de que los derechos fundamentales en el ordenamiento positivo en general tienen reconocimiento, defensa y los individuos medios para demandar de los Tribunales la protección de su derecho subjetivo. Es preciso indagar qué eficacia concreta tienen en la vida real y si es posible demandar la realización, de todos o algunos de estos derechos de los poderes públicos.

Los derechos fundamentales concebidos originariamente como derechos naturales del individuo con carácter preestatal debían garantizar al hombre, en primer término, una protección frente al excesivo poder estatal. A estos derechos de protección individual pronto se le sumaron, como su reflejo objetivo, las correspondientes obligaciones de seguridad y protección por parte del Estado. Junto a los viejos derechos de procedencia iusnaturalista se fueron añadiendo nuevos derechos.

Como dice H.P. Schneider, lo que ha ido surgiendo desde las necesidades de cada etapa histórica constituye hoy el "status" de derechos fundamentales del hombre y del ciudadano en el Estado constitucional democrático. En su multiplicidad de niveles funcionales, los Derechos Fundamentales poseen hoy en primer término el carácter de conferir "status": determinar, asegurar o limitar la posición jurídica del individuo en sus bases y en sus relaciones jurídicas con otros individuos<sup>4</sup>.

El carácter de los derechos fundamentales como conferidores de "status" les presta al mismo tiempo la propiedad de derechos fundamentales jurídico-constitucionales de la persona individual,



tanto como hombre como ciudadano. A los derechos humanos garantizados pertenecen los que se reconocen a todo hombre y no a un determinado círculo de personas; generalmente se enuncia con: "Todos...", "toda persona...".

Ya el Derecho Constitucional de Weimar por encima de todas las diferencias de opinión se había esforzado en atribuir a los derechos fundamentales, una seguridad o una garantía reforzada mediante un incremento en su aplicabilidad o mediante dificultades en su modificación. Así, la parte de derechos fundamentales contiene, según Rudolf Smend, los factores objetivos de integración de la Constitución y expresa "un determinado sistema cultural y axiológico" que "debe ser el sentido de la vida estatal establecida por esta Constitución"; en otro lugar califica Smend a los derechos fundamentales de "derecho personal profesional del ciudadano"<sup>6</sup>. También Carl Schmitt entiende los derechos fundamentales como "expresión de una decisión colectiva del pueblo sobre el modo de su existencia", o brevemente, como "suelo de la Constitución", aunque él destacase ocasionalmente su carácter de compromiso y los declarara, algo despreciativamente, como "programa interpartidista"<sup>6</sup>. En términos generales se refiere Herman Heller a los derechos fundamentales como "compromisos formales". Pero al mismo tiempo los clasifica de "formas de la vida social que habían penetrado la realidad cultural, política y económica"<sup>7</sup>.

El fundamento común a todas estas afirmaciones es abiertamente, el reconocimiento de que el Estado Constitucional democrático no sólo organiza determinadas formas de actuación

estatal, sino que garantiza además elementos objetivos y fijación de metas, cuya proyección y realización es encomendada al Estado por la vía de conformación del Derecho.

Pero las afirmaciones doctrinales y teóricas no representan para el individuo un bienestar o calidad de vida en concreto, sino que es el factor eficaz de los derechos fundamentales, lo que trasciende y reviste importancia en la vida práctica. A esta proyección eficaz de los derechos fundamentales sobre las relaciones entre particulares nos vamos a referir a continuación.

#### 1.2.- EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los Derechos Fundamentales clásicos están reconocidos en casi todo el mundo desde las grandes revoluciones del siglo XVIII pero el grado de su eficacia y proyección práctica ha ido evolucionando según los diferentes momentos del constitucionalismo y según los Estados.

Como señala Schneider, en contraposición con la Constitución de Weimar, por citar un caso concreto y que proporcionó muy duras experiencias, los derechos fundamentales en la Ley de Bonn, no sólo no representan principios programáticos y directrices no vinculantes, sino "derecho directamente aplicable"\* (Art. 1.3, «Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, a título de Derecho inmediatamente válido» o aplicable).

Teniendo en cuenta la Constitución de Weimar, de la que vimos en el capítulo I su regulación de la suspensión y la débil protección de los derechos fundamentales, la Ley Fundamental de Bonn ha tratado de reducir las limitaciones que un legislador pueda imponer a la eficacia y validez de los derechos fundamentales.

Además del artículo citado, hay que destacar para este propósito algunos otros artículos, resultando que el gobierno ya no puede suprimir los derechos fundamentales en situaciones de excepción; determinados derechos fundamentales son absolutamente inviolables aun para una enmienda constitucional (art. 79, párrafo 3); toda ley que limite cualquier derecho fundamental tendrá que nombrar expresamente el derecho fundamental afectado y su artículo (art. 19, párrafo 1); en ningún caso podrá ser infringido el contenido esencial (Wegensgehalt) de un derecho fundamental (art. 19, párrafo 20).

Evidentemente este articulado significa una mayor garantía y protección de los derechos fundamentales que la regulación que incluía la Constitución de Weimar, pero sólo en la realidad y en el transcurso del tiempo se puede llegar a valorar los efectos. Sobre ello resulta muy sugerente la opinión de Loewenstein:

"La seguridad de las libertades fundamentales se basa tan sólo en el espíritu del pueblo, y no en el de las leyes".

En el caso de nuestra Constitución vigente, el artículo 1.3 de la Ley Fundamental de Bonn sirve de inspiración al art. 53.1 de

nuestro texto que declara que "los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos". Ciertamente la idea en los dos artículos es la misma, aunque la expresión alemana tiene mayor fuerza. Según esto, el legislador no puede dictar ninguna ley, el poder judicial no puede fallar ninguna sentencia que sea incompatible con las garantías de los derechos fundamentales, al igual que cualquier otra norma constitucional. De este modo se produce que la aplicabilidad inmediata de los derechos fundamentales presta, al mismo tiempo, un elevado "efecto de protección" que según las Constituciones toma diversas formas.

Si ya el artículo 9.1 precisa que todos los poderes públicos, como los ciudadanos, «están sujetos a la ley», la precisión del art. 53.1 es simplemente una reiteración, es decir, que tal regulación tiene carácter directamente aplicable sin necesidad del intermedio de una ley.

Asimismo el efecto de protección que ejerce el artículo 19, párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental que hemos citado, tiene su reflejo en la Constitución española en el artículo 52 (párrafo 1, frase 2).

En segundo lugar también hay ciertas semejanzas en los medios arbitrados para la defensa de los derechos fundamentales en los sistemas alemán y español. El artículo 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental establece que todo ciudadano puede utilizar la vía del recurso contra una violación de sus derechos fundamentales y dirigirse, al menos a los tribunales ordinarios. Si allí no se le

reconoce su derecho, le queda todavía el camino de *Karlsruhe*: (Verfassungsbeschwerde)<sup>10</sup>, el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional Federal.

También la Constitución española se ha decidido en el artículo 52, párrafo 2, por una protección, asimismo íntegra, de los derechos fundamentales a través de la justicia, y ha introducido igualmente, junto a la garantía del recurso judicial, (para los derechos y libertades regulados por los artículos 14 a 30, art. 53.2), la institución del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional como complemento lógico de aquélla (art. 161.1 b) y 162 b)).

Si los Tribunales ordinarios han de tutelar los derechos fundamentales en la forma que los ha delineado la Constitución, ésta será la norma aplicable en dicho proceso de tutela. A su vez, si el Tribunal Constitucional, que es el defensor de la Constitución y está sólo sujeto a ella y a su Ley Orgánica (art. 1 de la LOTC de 3 de octubre de 1979), ha de amparar esos derechos, la norma material de amparo será la misma Constitución

Como dice García de Enterría, en la Constitución se ha querido ofrecer un estatuto completo de la libertad, efectivo por sí mismo, no necesitado de ningún complemento para ser operativo inmediatamente, y que en el supuesto de que alguna Ley (que habrá de ser Orgánica, según el art. 81.1) lo desarrolle ulteriormente, deberá hacerlo respetando «en todo caso, su contenido esencial», (art. 53.1; otra fórmula procedente de la Ley Fundamental de Bonn, art. 19.2: *Wesensgehalt*)<sup>11</sup>.

Además de lo indicado, dentro del sistema de protección de los derechos fundamentales en el texto español se crea una instancia de apelación para las violaciones de éstos, en la persona del Defensor del Pueblo<sup>12</sup>, que es responsable ante las Cortes y que tiene que velar con independencia por el cumplimiento de los derechos fundamentales por parte del poder público (cfr. art. 53).

Es interesante analizar la aguda crítica de L. Martín Retortillo sobre la introducción del recurso de amparo y las leyes orgánicas en el texto constitucional. Del primero dice que, "puede obturar con facilidad el funcionamiento de un Tribunal recargándolo, haciendo que se acumule el papel y haciendo, en definitiva, que sea ineficaz"<sup>13</sup>.

Efectivamente, observando el funcionamiento de los primeros años, cabe preguntarse sobre esa posibilidad pero también es verdad que ha servido para asegurar el interés por la Constitución y la defensa de los derechos fundamentales por parte de todos los operadores jurídicos.

Ahora bien, hasta aquí hemos señalado el marco normativo constitucional de protección de los Derechos Fundamentales y cómo vinculan a los poderes públicos, e incluso a los ciudadanos, sin necesidad alguna de esperar a que resulten desarrollados por el legislador ordinario, pero como señala H.P. Schneider, la vinculación de la jurisdicción a los derechos fundamentales conduce a otro problema: si los tribunales civiles tienen que atender en sus sentencias a los derechos fundamentales, como

consecuencia inmediata se desprende que es necesario una interpretación totalmente nueva. Mientras que los derechos fundamentales hasta ahora sólo tenían aplicación en la relación Estado-individuo, a partir de ahora pueden ejercer una eficacia indirecta, a través de la jurisdicción, entre las personas particulares entre sí<sup>4</sup>.

Y es la proyección que ciertos derechos pueden tener en la relación entre particulares, justamente sus efectos sobre terceros, la *Drittwirkung*, lo que comentaremos a continuación.

### 1.3.- TEORIA DE LA DRITTWIRKUNG

Con el concepto de *Drittwirkung* la doctrina alemana estudia y desarrolla la posible eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones "inter privados"; ya que si bien algunos derechos fundamentales sólo se pueden ejercitar frente a poderes públicos, el derecho a tutela judicial, a la enseñanza, a la sanidad, etc., otros pueden ser referidos a las relaciones entre particulares. ¿Puede un profesor de un centro privado invocar libertad de cátedra frente a lo pactado con el titular del centro?, ¿puede un trabajador invocar un derecho constitucional frente a un despido discriminatorio por razones ideológicas o sindicales?

La doctrina y jurisprudencia alemana con la elaboración de la teoría de *Drittwirkung* suponen una revisión de la concepción clásica anterior, en la que esos Derechos Fundamentales tendrán

el sentido y función exclusivos de garantizar un ámbito personal, y defender al individuo de la injerencia estatal.

El nuevo planteamiento de la eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales frente a terceros, en contraposición a la eficacia vertical de las libertades, concebidas frente al poder del Estado, constituye el fundamento de la teoría de la *Drittwirkung*.

Son numerosos los autores que colaboraron en esa revisión de la concepción clásica en la República Federal de Alemania, y en su posterior recepción española. Vamos a comentar brevemente algunas de las posiciones doctrinales más destacadas e innovadoras.

Como dice Pabón, se suele vincular la teoría que propugna la "eficacia inmediata" de los derechos fundamentales en el marco del derecho privado, a la tesis sostenida fundamentalmente por Thoma respecto a la Constitución de Weimar en favor de la máxima efectividad de los derechos fundamentales<sup>14</sup>.

La tesis, como observa agudamente C. Von Pestalozza, alcanzó pronto unanimidad, pero fue mal comprendida<sup>15</sup>. Thoma pretendía simplemente desmentir el puro carácter programático que se quería reconocer en las declaraciones de derechos de la Constitución Republicana de Reich, propugnando la aplicación de la regla interpretativa de las normas jurídico privadas, pero jamás propuso la aplicación directa de los derechos fundamentales en el



derecho privado; la doctrina posterior fue más bien quien confundió la "efectividad" con el "alcance" de los derechos<sup>17</sup>.

Un paso decisivo en la evolución y tránsito de los derechos fundamentales a su aplicación material supuso la aportación de Nipperdey, quien creyó ver en la Ley Fundamental de Bonn una acentuación positiva del significado y valor de los derechos fundamentales respecto del texto de Weimar, destacando que al estar configurados como principios jurídicos, su validez no podía sin más quedar limitada al campo de acción del Estado<sup>18</sup>.

Este planteamiento tuvo por parte de la doctrina, una gran acogida. El argumento más usado en favor de la extensión material de los derechos fundamentales al derecho privado era básico y elemental: lo que le está prohibido al Estado, no debe estar permitido a los particulares. Pero frente a este argumento se arguye que, hay efectivamente una vinculación positiva de los Tribunales y del Ejecutivo a la Ley y al Derecho; mientras que a los individuos les está permitido lo que la ley no les prohíbe, los órganos del Estado sólo pueden actuar en el sentido que la ley les marca.

Un segundo argumento se basa en que, si la razón de proyectar los Derechos Fundamentales al Estado consiste en el riesgo que implica su poder, actualmente, los poderes económicos y sociales también presionan y amenazan al individuo, y sería apropiado establecer defensas en las relaciones jurídico privadas contra la excesiva preeminencia de alguna de las partes.

Un ejemplo de cómo la evolución de la realidad afecta al alcance y contenido de las normas, en este contexto concreto de los Derechos Fundamentales, lo propone Laufke refiriéndose a que si bien la Revolución francesa había recelado de la libertad asociativa, por temor al riesgo que para la libertad individual podía suponer su reconocimiento, -la ley Chapelier prohibió el derecho de asociación, y en las primeras Declaraciones de derechos se reflejaba desconfianza hacia asociaciones no estatales-, hoy la situación ha cambiado jurídicamente y es necesario proteger las libertades básicas frente a los nuevos y potenciales agresores<sup>13</sup>.

Estos argumentos reforzaron la teoría de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales y el Tribunal Superior de Trabajo alemán la acogió en algunas sentencias.

Una variante de la Teoría de *Drittwirkung*, es la mantenida por Schwabe. Niega la Teoría de *Drittwirkung* en su construcción técnica, pero reconoce los efectos, es decir, la presencia constante del Derecho constitucional en los derechos civiles. La tesis de Schwabe parte de que, cualquier derecho privado capaz de proyectarse sobre la esfera jurídica de otra persona, descansa siempre en el orden estatal, desarrollándose como todo derecho mediante un sistema de mandatos o prohibiciones. Consiguientemente, cualquier agresión a un derecho fundamental proviene en última instancia del propio Estado, y debe desencadenar los mismos mecanismos protectores.

Según Schwabe, todos los derechos privados están al menos parcialmente cubiertos por algún derecho fundamental; si cualquier poder jurídico define los derechos de los particulares en contravención con el derecho fundamental que los protege, éste debe desarrollar su función defensiva propia en el campo del derecho público<sup>20</sup>.

1. Von Münch observa que esta teoría, llega a idénticas consecuencias a las postuladas por los partidarios de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones civiles, si bien entendiendo que aquéllos deben ser siempre efectuados frente a la soberanía del Estado <sup>21</sup>.

Como dice Pabón, la jurisprudencia constitucional alemana ha venido estimando tradicionalmente que, sólo puede actuarse lícitamente una pretensión constitucional de amparo, cuando el juez incurre en una lesión directa (*direkte Verfassungstoss*) de un específico derecho constitucional (*spezifischer Verfassungsrecht*). Pero en sentencias se viene a reconocer la eficacia indirecta o mediata de los derechos fundamentales<sup>22</sup>. La famosa sentencia en el "caso Lüth", es la más representativa de la jurisprudencia referida a la aplicación del derecho constitucional sobre las relaciones privadas. El asunto resumido consiste en que Lüth, presidente de un club de prensa, encabezó un boicot contra la proyección en Alemania de una película dirigida por un destacado guionista de tiempos del Tercer Reich. Ante la demanda de la productora, la jurisdicción civil condenó a los promotores del boicot, por ver en ello una acción contraria a las buenas costumbres. Lüth apeló en amparo al Tribunal

Constitucional pues invocaba la violación de Derechos Fundamentales.

El Tribunal Constitucional en su Sentencia rechaza lo que califica de "posiciones extremas": que los derechos fundamentales sean exclusivamente ejercitables frente a los poderes públicos o que tengan una validez incondicionada frente a los particulares. Afirma que están concebidos primeramente como medidas de defensa frente al poder público, pero representan también un "orden de valores", por lo cual, aun cuando un pleito civil entre partes, debe ser resuelto por las normas inmediatas aplicables en esta esfera jurídica, no debe dejar de sentirse la influencia interpretativa de ese orden de valores, especialmente en las normas de derecho necesario, o a través del contenido de las cláusulas generales (moral, buenas costumbres, etc.)<sup>23</sup>.

La libertad de expresión, -que era el derecho fundamental que la jurisdicción civil estimaba que había sido ejercitado abusivamente-, según expresa el Tribunal Constitucional no puede quedar limitada a su simple manifestación externa: el derecho fundamental comprende también la acción espiritual sobre el mundo exterior, incitando y persuadiendo a la colectividad para la acción. La acción de Lüth estaba pues cubierta por un derecho fundamental y el límite de la norma civil debía plegarse al derecho de rango superior.

Si bien a esta resolución del Tribunal, siguieron otras sentencias reiterativas en la misma argumentación, otras jurisprudencias constitucionales se han mostrado menos decididas

a reconocer la eficacia de los derechos fundamentales y la propia competencia jurisdiccional en el ámbito de las relaciones privadas. En la jurisprudencia suiza, como señala A. Faure, la posición más generalizada es la de que las disposiciones de derecho civil revisten un carácter exhaustivo, y traducen la total realidad de las normas que son su fundamento, de tal suerte que, los particulares, no pueden invocar un derecho constitucional para deducir de él consecuencias en el campo de sus relaciones respectivas. Cita el caso "Seelig", provocado por un periodista que vio rechazado su acceso a una sala de cine por haber criticado algunos programas del establecimiento.

En este caso el Tribunal Federal dio preferencia a las normas del derecho que consagra el principio de la libertad contractual sobre los principios invocados en la pretensión sobre libertades de expresión y prensa<sup>24</sup>.

Hasta ahora hemos contemplado algunas posiciones sobre la teoría de la *Drittwirkung* que expresan el reconocimiento de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares con diferente intensidad, pero hay parte de la doctrina que ha mantenido posiciones totalmente opuestas.

El rechazo de la eficacia de los derechos fundamentales tiene dos perspectivas: desde el punto de vista empírico, se destacan los riesgos que una rigurosa aplicación de esta teoría llevará para la autonomía del derecho privado y para una elemental protección de la libertad y de la seguridad jurídica. Pero esta tesis se ha matizado a veces, reconociendo una influencia mediata

o indirecta. Desde el punto de vista dogmático, el rechazo a la teoría se ha basado en el reconocimiento de los derechos fundamentales como valores normativos de significado objetivo.

Forsthoff en 1959, en un artículo en *Festschrift für Carl Schmitt*, critica severamente la teoría de la *Drittwirkung* y escribe:

"Los derechos fundamentales no constituyen un 'sistema', porque cada uno de aquellos responde en su establecimiento una finalidad protectora del ciudadano frente al poder público, ni cabe referir al Estado la función de fijación de los valores, que es un concepto filosófico cuya imputación y cuyo dominio es exclusivo de la persona individual...". "Nadie ha demostrado que la *Drittwirkung* responde a una auténtica necesidad social patentizada por la conveniencia de proteger al individuo frente a grupos sociales ajenos al Estado, por ausencia de otros cauces jurídicos"<sup>25</sup>.

Los críticas de Forsthoff a la configuración de los derechos fundamentales como un sistema de valores, fueron secundados años más tarde por un importante sector de la doctrina, pero la trayectoria ideológica es diferente. Veamos algunas de las posiciones dentro de esta corriente.

Otwin Massing opina que la consideración de los derechos fundamentales como orden de valores tiene finalidad sociopolítica, y lo considera como instrumento para la cohesión

de grupos sociales propio del capitalismo de Estado<sup>26</sup>. Queremos aquí destacar que la politización que se presupone en los Derechos Fundamentales y en la actividad jurisdiccional constitucional prima sobre lo jurídico.

Jürgen Seifert estima que la construcción dogmática del sistema de valores no es más que la entrega de unas posibilidades manipulativas al Tribunal Constitucional, a título de habilitación global interpretativa, que puede convertirlo más que en "guardián de la Constitución", en intérprete de un sistema de valores políticos<sup>27</sup>. Como vemos también en esta posición se admite un margen amplio de actuación al Tribunal Constitucional, con lo cual se reconoce un cambio abierto a criterios no exclusivamente jurídicos.

También en esta línea, Erhard Denninger señala que mediante la *Drittwirkung*, se transforma la función jurisdiccional, en una casuística delimitación y coordinación de las esferas de libertad de los ciudadanos, sin que se pueda ofrecer ningún elemento objetivo de juicio para resolver estos supuestos<sup>28</sup>. Se vuelve a aducir en esta posición la carencia de criterios estrictos de actuación jurisdiccional como motivo para el rechazo de la *Drittwirkung*.

Como se observa, las tesis que rechazan la teoría de la *Drittwirkung* padecen cierto dogmatismo; parte de la doctrina ha tratado de paliar este defecto, e intenta lograr fórmulas que sirvan en la práctica. Es éste el objeto que establece la teoría de la eficacia mediata o indirecta de los Derechos Fundamentales

(*Mittelbare Drittwirkung*) y que ha sido apoyada mayoritariamente por la doctrina, fundamentalmente por Dürig<sup>22</sup>. La idea central de esta teoría es que las disposiciones de los Derechos Fundamentales no pueden responder en su establecimiento a una finalidad propia, protectora del ciudadano frente al poder público.

Como resume Pabón, en esencia la teoría parte de una premisa negadora: las disposiciones reguladoras de los Derechos Fundamentales, no pueden dar solución directa a ninguna contienda civil. De otro modo, se comprometería gravemente el tráfico jurídico privado y acabaría por arruinar el propio principio de libertad, del que son manifestación los propios Derechos Fundamentales<sup>23</sup>.

Ahora bien, tampoco se admite una absoluta desconexión entre la regulación constitucional de los Derechos Fundamentales y el derecho privado. El medio a través del cual los Derechos Fundamentales se incluyen en aquel sector del ordenamiento jurídico, está representado fundamentalmente por aquellos preceptos con contenido indeterminado y con potencialidad necesaria para ser colmados con un juicio de valor, o bien, a través de aquellos preceptos de derecho necesario que quedan fuera de la disponibilidad negocial de las partes.

A esta teoría que, continúa Pabón, admite por tanto una eficacia indirecta de los Derechos Fundamentales, ha de reconocérsele el mérito de haber fijado los límites entre



"ilegalidad" e "inconstitucionalidad", y con ello, de la competencia de la Jurisdicción Constitucional<sup>31</sup>.

Con la teoría de la eficacia mediata no se olvida la existencia de poderes sociales, cuya intervención reclama de hecho limitaciones a veces mayores que las oponibles al Estado, aunque se reconoce la imposibilidad de trazar una línea previa, de cuándo y en qué medida puede entrar en juego una vinculación constitucional, ni cuál de los intereses enfrentados se estima merecedor de un mayor grado de protección. La teoría que se examina, añade Pabón, ha puesto en evidencia sobre todo, la imposibilidad de reconocer eficacia inmediata en el derecho privado de uno de los Derechos Fundamentales más "operativos", como es el de "igualdad"<sup>32</sup>. Y a este respecto G. Dürig señala:

"Si cada particular hubiera de estar vinculado en todos sus actos de disposición a este principio, se llegaría al absurdo de una regulación estatal, que partiese de un deber de comportamiento unitario de todos los ciudadanos, . demostrando con ello el fin de la libertad"<sup>33</sup>.

Como vemos, la teoría de la Drittwirkung mediata, al igual que la teoría inmediata de eficacia se presta a un gran casuismo, y parte de la doctrina lo considera criticable. Dürig responde a esta censura que, el intento de canalizar la colisión de derechos a través de la reserva de la ley no conduce a una mayor claridad, porque la reserva legal se acomoda mal a las exigencias de elasticidad del derecho privado. Esta elasticidad es la que invocan los partidarios de la "Constitución abierta", para

introducir de una manera más o menos solapada una eficacia horizontal interna de los Derechos Fundamentales.

P. Häberle, en este aspecto, insiste en que la aplicación de la teoría representa una experiencia del cambio social, y la necesaria acomodación del texto Constitucional a los nuevos tiempos. "Hoy, escribe Häberle, con las transformaciones sociales, el poder "cuasi-público" de determinados grupos representa un peligro para el individuo más que el que dimana del poder del Estado. La *Drittwirkung* -añade- debe crecer en esta dimensión protectora y el abandono de los dogmas, pueda favorecer el desarrollo de los Derechos Fundamentales en nuevos campos<sup>24</sup>.

Como vemos Häberle es consciente de las presiones que actualmente existen sobre el individuo, y que no provienen exclusivamente del Estado. Este autor antepone el pluralismo político a la propia libertad, o en realidad considera que sólo es posible la efectividad de ésta dentro de aquélla. La defensa frente a la concentración del poder de prensa o las Sentencias del Tribunal Constitucional sobre la televisión privada, son, para este autor, manifestación de una correcta aplicación de la teoría de la *Drittwirkung*.

#### 1.4.- REFERENCIA A LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978

En el texto español vigente, en relación con el tema de la eficacia de los Derechos Fundamentales, hay que señalar que existe el respaldo constitucional a la definición de Estado

Social de Derecho, y que además, hay que contar con una interrelación constante entre Estado y Sociedad en la doctrina y la jurisprudencia constitucional. Sentencias como la 18/84 y otras que veremos, son un ejemplo. A pesar de todo ello, no se encuentra en el texto constitucional apoyo expreso a la *Teoría de la Drittwirkung*, y su elaboración, ha sido tarea doctrinal y jurisprudencial.

Autores como Jesús García Torres y Antonio Jiménez Blanco<sup>26</sup>, han tratado el tema y han distinguido tres círculos de cuestiones que aparecen mezclados:

- 1) Primacía de la Constitución.
- 2) Ambito de los Derechos Fundamentales.
- 3) Competencia del Tribunal Constitucional para conocer, gracias a la protección reforzada del amparo constitucional, de sentencias que resuelven controversias entre particulares.

Opinan estos autores, que si el carácter normativo de la Constitución y su aplicación directa al ámbito de los Derechos Fundamentales, es algo indiscutible, así como que tales derechos operen frente a los poderes públicos, el que operen frente a las relaciones de tráfico privado, es algo menos evidente, y que depende de lo que diga la Constitución expresamente<sup>27</sup>. Y en el caso español, ni el legislador constitucional ni el ordinario han reconocido expresamente la eficacia de los Derechos Fundamentales en sus relaciones "inter privados".

La protección extraordinaria que se concede al bloque de los derechos reconocidos en los artículos 14 al 30.2 de la Constitución española y que se desarrolla en los artículos 41 y siguientes de la LOTC, sólo afecta a aquellas violaciones causadas por los poderes públicos a los propios particulares. Los citados derechos gozan además, de una protección extraordinaria asegurada por la Constitución, ante los jueces ordinarios gracias a un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad. (Art. 53.2 de la CE).

Gracias al recurso de amparo, el intérprete de la Constitución, en materia civil y laboral, ha creado una posibilidad de conocer de esas violaciones causadas en la esfera de los Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares, pero eso sí, siempre que medie la actuación de un juez ordinario en cuanto poder público. Si éste, al conocer de un caso concreto, no ampara un derecho fundamental violado, actúa a su vez como instancia perturbadora que abre el camino para acceder al Tribunal Constitucional, como remedio subsidiario que restaure la esfera subjetiva violada (art. 44 LOTC).

Se puede establecer la conclusión de que, todo el bloque de derechos susceptibles de protección en amparo, no goza de un grado uniforme de efectos a terceros o de *Drittwirkung*, y que se puede llegar a la comprobación tras un análisis detenido de la casuística de cada precepto, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>30</sup>.

Otro autor español que recientemente ha estudiado el problema, C. Rogel, en su obra *Bienes de la personalidad, Derechos Fundamentales y libertades públicas*<sup>3a</sup>, deja constancia de que en el caso español hay una gran confusión de conceptos, términos y posiciones. Para dicho autor, tras los Derechos humanos de una parte, y los Derechos Fundamentales y las libertades públicas por otra, aparece en el tiempo la categoría de los bienes o derechos de la personalidad, que cree posible distinguir por diferentes motivos -orígenes, emplazamiento, ámbito, protección, garantías-, de todas las categorías anteriores. Opina que los derechos de la personalidad, implican siempre tensión entre los particulares, y ello los distingue tanto de los derechos humanos, como de los derechos fundamentales, o las propias libertades públicas, que pertenecen fundamentalmente al Derecho público y aluden a las relaciones individuo-Estado<sup>4o</sup>.

Tras el examen de la Ley 62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, de la Ley Orgánica 1/1982, de protección civil del honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, u otras normas, como la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional, la Ley Orgánica 3/1981, del Defensor del Pueblo, y la Ley Orgánica 6/1984, C. Rogel llega a las siguientes conclusiones:

1) En el ordenamiento español cabe, que unos mismos bienes, -vida, honor, intimidad, etc.-, sean regulados por distintas disposiciones y se arbitren respecto de los mismos, diferentes

medidas, que a veces tienen un común denominador, como la Ley 62/1978.

2) Cuando los bienes de la personalidad son violados por particulares, no cabe recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, como no cabe tampoco acudir al Defensor del Pueblo, ni que este actúe de oficio. Las vías de protección de los bienes de la personalidad son para C. Rogel, civiles exclusivamente<sup>41</sup>.

Frente a esta posición, escribe J. Rodríguez Zapata que, "no es la primera vez que los privatistas muestran su ignorancia inicial para los temas jurídico-públicos"<sup>42</sup>. Pero hay que señalar, que la tesis de C. Rogel, si bien es la primera que niega en forma extensa y razonada la existencia de la llamada eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales en el Derecho Privado, excluyendo tajantemente que quepa recurso de amparo cuando los bienes de la personalidad son violados por particulares, por otra parte parece admitir una eficacia mediata (*Mittelbare Drittwirkung, Australungskraft*) de los Derechos Fundamentales en las relaciones privadas.

J. Rodríguez Zapata respecto a esta tesis opina que, si esa fuerza de "irradiación" de los Derechos Fundamentales existe, y si muchos bienes de la personalidad gozan hoy de la eficacia reduplicada que supone que hayan sido protegidos, -en su dimensión de derechos fundamentales y/o libertades públicas-, por la norma fundamental, ningún Juez o Tribunal del orden Civil podrá otorgar su tutela a un supuesto de hecho que encierre la

vulneración -de particular a particular- de un bien de la personalidad<sup>43</sup>.

A. Embid Irujo<sup>44</sup>, en relación con la *Drittwirkung* en el texto constitucional español, señala como básicos, el art. 53.1 por un lado, y los artículos 9 y 10 por otro; aunque como dice J. Pabón, quizás el art. 53.3, al disponer que los principios rectores de la política social y económica (Cap. III del Título I) "sólo podrán ser invocados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollan", ofrece mayores posibilidades<sup>45</sup>.

A. Embid Irujo, que parece inclinarse por la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales en el Derecho Privado, sitúa como primera premisa de la vinculación de los Tribunales civiles a los Derechos Fundamentales: "...la sustancial identidad entre las libertades, sean cuales sean los sujetos, porque las libertades públicas no experimentan ninguna variación de naturaleza por el hecho de que se desarrollen frente a un sujeto público o privado"<sup>46</sup>.

Tras la promulgación de la LOTC de 3 de Octubre de 1979, la doctrina española acusó cierta preocupación por las limitaciones procesales del recurso constitucional de amparo, que, frente a la amplitud textual del art. 53 de la Constitución, no ofrecía cobertura ante la potencial acción agresora de los grupos sociales ajenos al Estado. En la Ley española del Tribunal Constitucional, el artículo 44, insiste por dos veces en que la admisión del recurso de amparo frente a resoluciones judiciales,

exige que la violación del derecho o la libertad, sea imputable de un modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial. Como dice J. Pabón, la admisión de esta modalidad de lesión directa, facilita que la jurisdicción constitucional pueda entrar en el fondo de las relaciones civiles, haciendo entrar en juego a los Derechos Fundamentales<sup>47</sup>.

Seguidamente comentaremos brevemente algunos conflictos en que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en amparo requerido por particulares alegando lesión de Derechos Fundamentales. Debido a la falta de contenido expreso en la Constitución sobre la eficacia de Derechos Fundamentales frente a terceros<sup>48</sup>, la doctrina jurisprudencial sobre el problema que nos ocupa, reviste gran importancia.

En la Sentencia de Inconstitucionalidad 189/80, de 13 de febrero, sobre la Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares, ya se aborda incidentalmente el problema, al juzgarse sobre la constitucionalidad del "ideario" de los centros al tratar de la libertad de cátedra como derecho en supuesta colisión con la existencia de un ideario. La sentencia razona: (Fundamento 12) "Se trata sin embargo, como en principio ocurre respecto de los demás derechos y libertades garantizados por la Constitución, de una libertad frente al Estado o, más generalmente frente a los poderes públicos y cuyo contenido se ve necesariamente modulado por la naturaleza privada o pública del centro".

Con respecto a los centros privados, la sentencia razona que la libertad del profesor ha de ser compatible con la libertad del



centro del que forma parte el ideario. La solución de los conflictos, añade la sentencia, habrá de buscarse "a través de la jurisdicción competente y en último término, en cuanto haya lesión de los derechos fundamentales o libertades, en este mismo Tribunal por la vía de amparo..."<sup>42</sup>.

La sentencia 101/80, de 8 de Junio de 1981, expresa en el Fundamento 42: "...si bien el derecho de reunión se tiene en principio frente a los poderes públicos, es admisible y lógico que, con sujeción a la Constitución y sin perjuicio de su regulación general, se puedan también contemplar especialidades en su ejercicio cuando se efectúe en el ámbito laboral o del personal al servicio de la Administración, en la manera en que se trate y en que requiere además normalmente la colaboración de la empresa privada o de la Administración para hacerlo efectivo (por ejemplo, reuniones en horas de trabajo o en locales de la empresa)"<sup>43</sup>. Se trata pues de la proyección de un derecho que generalmente se tiene frente a los poderes públicos, pero al que hay que reconocerlo en ocasiones frente a terceros particulares.

Las sentencias de amparo 202 y 216/1980, de 17 de Julio inciden también en esta doble proyección y consiste en una aplicación del art. 40 de la LOTC<sup>44</sup>. En el Fundamento VII se expone: En el presente caso los presuntos lesionados son trabajadores de RENFE y la violación de su derecho se imputa a unas Circulares de régimen interior de dicha empresa las Circulares 450 y 451, y el amparo se pide frente a ellas, por lo que surge el problema de determinar de qué modo puede hablarse de violación originada por actos de los poderes públicos, cuando

reiteradamente se ha señalado que la empresa está exenta del Derecho Administrativo. Mas, sin determinar si son o no susceptibles de amparo las violaciones de derechos que nazcan en el seno de las organizaciones económicas o empresariales de que el Estado sea propietario o gestor, es claro que los actos administrativos cuestionados aquí fueron dictados por un órgano público como es el Delegado del Gobierno en RENFE, ...no cabe duda de que tal órgano entra por lo menos en la rúbrica de lo que el artículo 14 de la LOTC llama funcionarios o agentes del Estado<sup>52</sup>.

Otra sentencia que incide sobre el problema de la eficacia respecto a terceros es la dictada sobre el recurso de amparo 189/1981, de 23 de Noviembre. En ella se estima una reclamación aducida por unos trabajadores despedidos cuyo recurso había sido declarado nulo por la Jurisdicción laboral, entendiendo el Tribunal Constitucional que de lo que se trataba era de un despido discriminatorio por razones de afiliación sindical.

La sentencia hace entrar prácticamente las prohibiciones de discriminación contenidas en el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores en el marco del proceso constitucional, afirmando que "la libertad de afiliarse y de no afiliarse... necesita garantías frente a todo acto de injerencia impeditivo u obstativo del ejercicio de esa libertad". Acaso sea esta sentencia, la que más se aproxima a una forma de eficacia horizontal de los derechos fundamentales, al reconocer la aplicabilidad de uno de estos en el marco de una relación laboral conformada

sustantivamente sin relación específica con los poderes públicos<sup>33</sup>.

También vinculada al problema que nos ocupa está la sentencia de amparo 2/1982, de 29 de Enero que resuelve sobre un caso de boicot de un establecimiento comercial por unos manifestantes, con un resultado de daño económico. El recurso se formuló contra una sentencia condenatoria dictada en juicio penal de faltas con lo que el centro de gravedad del problema se situaba lejos de la Drittwirkung. Sin embargo, la sentencia recoge declaraciones de interés: 1) la posibilidad de enjuiciar la constitucionalidad de decisiones judiciales ajenas a una violación de carácter formal o procesal; 2) el carácter límite de todos los Derechos Fundamentales -en la línea de la jurisprudencia precedente- de donde se infiere la necesidad de proteger, no sólo los Derechos Fundamentales, sino, "otros bienes constitucionalmente protegidos", y 3) el que estos bienes y derechos han de ser respetados no sólo por los poderes públicos, sino también por los ciudadanos, según los arts. 9 y 10 de la Constitución<sup>34</sup>.

Ciertamente no puede estimarse que el problema de la Drittwirkung en la Constitución española se encuentre totalmente definido en las sentencias referidas, pero es apreciable cierta tendencia al reconocimiento de una eficacia "inter privados" de ciertos derechos fundamentales, especialmente en el ámbito del derecho laboral. Se trata de fijar el criterio o solución intermedia entre la estricta negación de la eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales o de su admisión aceptando que los órganos que han de aplicarla actúen en cada caso

discrecionalmente. En el epígrafe siguiente, comentaremos otros ejemplos de jurisprudencia constitucional especialmente referidos al ámbito laboral y económico.

Como se observa tras referirnos a estas sentencias, son los jueces los que llevan a cabo la realización de la *Drittwirkung*, al ser ellos los que establecen el contacto cotidiano con la realidad, con las relaciones entre privados a las que aplican las leyes. A través de la *Drittwirkung*, se comunica la influencia de la Constitución al orden privado, y son los jueces los que realizan tal conexión; la *Drittwirkung* es el cauce que canaliza la proyección de la Constitución al orden particular.

Realmente es fundamental que la Constitución, si ha de regular la totalidad del orden político y social, se proyecte también a la esfera de las relaciones privadas, y la existencia de tales relaciones privadas constitucionales es un factor estabilizador que contribuye a la realización plena de la suprema norma, y asimismo es la mejor garantía de conservación del Estado de Derecho.

## 2. EFICACIA DE LOS DERECHOS SOCIOECONOMICOS

### 2.1.- INTRODUCCION

Los derechos fundamentales que el Estado liberal expresaba en su ordenamiento, en sus Declaraciones, eran derechos individuales, como la libertad, la igualdad, la seguridad

jurídica, la propiedad privada; hoy en día el Estado social no niega estos valores, sino que les da nuevo contenido, y los complementa con otros derechos.

Los nuevos "derechos socioeconómicos", de cuyo proceso de aparición ya hemos hablado en el Tema II, se diferencian esencialmente de los recogidos por el antiguo catálogo liberal; no están destinados a garantizar la libertad y la protección frente al Estado, sino que son pretensiones del individuo, o de la colectividad ante el Estado. El Estado tiene primero que actuar para satisfacer estos derechos fundamentales; no son derechos en el sentido jurídico, ya que no pueden ser exigidos jurídicamente del Estado antes de que hayan sido institucionalizados por una acción estatal. Y es aquí donde se plantea qué tipo de efectividad tienen esos derechos, y cómo se pueden ejercer. Es la problemática de la eficacia el punto clave sobre el que trataremos.

Las exigencias prácticas para su satisfacción que al Estado le plantean los derechos socioeconómicos, no pueden ser atendidas si no es disponiendo de medios adecuados alcanzables solamente al precio de profundas transformaciones de las relaciones sociales basadas en la economía liberal. Pues cuando en los textos constitucionales se incluye entre los derechos sociales, el derecho al trabajo, la enseñanza gratuita hasta la universidad o el derecho al medio ambiente, es evidente que plantean al Estado tareas que no pueden llevarse a cabo mediante la abstención o una actitud de inercia.

En los Estados avanzados técnicamente, los derechos sociales y económicos se han concretado en legislación positiva. Pero en los países subdesarrollados, aparecen como planes para el futuro hasta que las condiciones socioeconómicas de la sociedad estatal permitan su aplicación. Pero aun en los lugares donde los derechos sociales han de esperar hasta que se den los requisitos que hagan posible su realización, tales derechos cumplen su objetivo, pues señalan una meta y un estímulo para su logro. La transformación a la que se ha visto sometido el Estado contemporáneo, ha traído consigo una modificación de la naturaleza y funciones del Derecho. Del Estado liberal abstencionista hemos pasado a un nuevo tipo de Estado, que es hoy la principal fuerza conformadora del orden socioeconómico.

Una de las consecuencias de la evolución del Estado liberal, es que se pasa de la función garantista que le era propia, a una función promocional<sup>25</sup>. Como comentamos en el Tema II, se produce un cambio de "libertad negativa"<sup>26</sup>, a "libertad positiva", que implica una transformación completa en los actores jurídicos de los derechos, y en la función que representa el Estado. Pero el problema estriba en que la función promocional utiliza "normas programáticas", y al individuo particular no le interesan tanto los programas, como la disposición de hacerlos efectivos. Determinados autores han negado eficacia jurídica a este tipo de preceptos, como Forsthoff y Giannini<sup>27</sup>, pero en el Capítulo II hemos tratado ampliamente sobre la problemática de la naturaleza y eficacia de las normas programáticas. Ciertamente el grado de eficacia que poseen, y más si son de contenido económico, es

menor que otras normas constitucionales pues suponen una acción material futura necesaria, y eso ya implica algunos parametros que no siempre se pueden controlar, como el tiempo y la intensidad de la acción.

Ciertamente, los textos que incluyen normas programáticas tratan de reforzar su efectividad recurriendo al derecho ordinario mediante la "reserva de ley"<sup>22</sup>, que como ya vimos no constituye argumento que garantice la eficacia.

Se podría afirmar que el problema político no reside en qué derechos sociales y económicos enuncian los textos constitucionales, sino de qué medios prácticos dispone el Estado para evitar que permanezcan como fórmulas vacías. Su efectividad implica una actitud positiva de los órganos estatales para luchar contra la desigualdad económica y concentrada en una serie de prestaciones activas y garantías institucionales.

La preocupación por la efectividad de tales derechos o declaraciones, por citar un ejemplo, fue patente en los debates parlamentarios de la Constitución española de 1978; O. de Juan Asenjo dice: "En el curso de los debates parlamentarios, no faltaron denuncias de la hipertrofia de derechos sociales, y advertencias de que ello podía conducir al desencanto constitucional, cuando el ciudadano descubriera que los derechos al trabajo, vivienda y salud... otorgados por la ley fundamental, eran pura hipocresía"<sup>23</sup>.

M. Herrero de Miñón, portavoz de UCD, los calificó en los siguientes términos: "...son exclusivamente unos valores que deben inspirar al legislador, pero que no pueden ser alegados ante los tribunales para impugnar la constitucionalidad de una norma, ni para pedir la tutela de un derechos"<sup>60</sup>.

En la Constitución española vigente, algunos de los derechos sociales, como la educación, la libertad sindical, o el derecho de huelga, han sido reconocidos al mismo nivel que las libertades clásicas y por tanto cuentan con el sistema de garantías constitucionales establecidas, pero otros derechos, como la vivienda, la salud o la seguridad social remiten a la legislación ordinaria su sistema de garantías, y en cierto modo a la voluntad política de la mayoría parlamentaria. Luego el problema de la eficacia de esos derechos, está vinculado a la decisión e intensidad que dirija su actuación a remover los obstáculos que impiden la realización de todos los derechos económicos, es decir, a la voluntad de activar las cláusulas transformadoras, que en los temas VII y VIII analizaremos residen por ejemplo, en los artículos 3 de la Constitución italiana y 9.2 de la Constitución española vigentes.

Pero además de esta vertiente del problema de la eficacia de los derechos sociales y económicos, que suponen una tarea o prestación por parte del Estado y que requieren la existencia de medios suficientes y apropiados, existe una vertiente distinta de estos derechos y es su proyección "interprivatos"<sup>61</sup>, ya que el trabajo lo ejerce un particular y lo contrata con un empresario que tiene el mismo carácter; la enseñanza la ejerce a veces un



profesional contratado por un empresario particular privado; los pueblos y ríos resultan contaminados por los vertidos de fábricas de propiedad privada, además de la contaminación que producen las empresas nacionalizadas o las centrales nucleares; es decir, se puede enumerar una serie de situaciones entre particulares en las que tienen incidencia los derechos sociales y económicos, y por ello examinaremos algunos casos concretos y el modo en que se ha producido la incidencia, especialmente en el campo laboral.

## 2.2.- PROYECCION DE LOS DERECHOS ECONOMICOS EN RELACIONES INTERPRIVATOS

Veamos algunos ejemplos de cómo los derechos socioeconómicos tienen proyección en las relaciones entre particulares, sin que este aspecto sea homogéneo para los diferentes derechos y por ello su efectividad y su incidencia en la vida real es diversa.

Especialmente nos referiremos a las relaciones entre particulares en el ámbito laboral, partiendo de que el derecho al trabajo, presente en los textos constitucionales modernos del Estado del Bienestar, es uno de los derechos socioeconómicos más importantes que incide de forma decisiva en el fundamental problema de la crisis económica vinculada muy estrechamente con la estabilidad y permanencia de los sistemas económicos, y cuya eficacia es materia de controversia.

El Derecho al trabajo se fundamenta, en la necesidad que tiene todo hombre de obtener medios para su subsistencia. Como

dice Jorge de Esteban, tiene su base también en cierta concepción redentorista del trabajo, así como en la percepción de que todo ciudadano tiene el deber de contribuir al progreso de la sociedad<sup>22</sup>. La positivación del derecho al trabajo en los textos constitucionales, no hace más que resaltar el contraste entre lo que se afirma en la norma y la realidad actual en gran parte del mundo, donde el número de desempleados es muy elevado. Se hace evidente que existe una falta de adecuación entre ordenamiento y hechos, y el carácter jurídico de suprema legalidad del texto queda cuestionado en este caso concreto en que no es posible o no hay los medios para ello, demandar de los poderes públicos un puesto de trabajo.

Se ha tratado desde diferentes ángulos de justificar esta situación. Según Silvio Basile, "el derecho al trabajo, al menos si se entiende en sentido propio como un derecho a obtener un puesto de trabajo, no puede ser sino una directriz relativa a una política de pleno empleo, en el marco de una economía neocapitalista, pero no un verdadero y propio derecho"<sup>23</sup>.

A pesar de la tendencia de las constituciones a configurar el derecho al trabajo como un derecho social, no faltan interpretaciones que siguen ancladas en una visión liberal, según la cual, el reconocimiento del derecho al trabajo no vincularía a los poderes públicos a un comportamiento activo, sino simplemente a una no intervención dirigida a no vulnerar la libertad de trabajo. Esta concepción no sólo está desfasada históricamente, sino que puede conducir a un uso "perverso" del derecho al trabajo, con el fin de encubrir la tutela de otros intereses.

Resulta paradójico que sea el Estado de Bienestar, el que si bien subraya en sus textos legales supremos el derecho al trabajo, sea el que actúa a menudo, provocando la pérdida de puestos de trabajo de los ciudadanos, con la política de reconversión industrial, basando su actuación en la "realidad" económica.

Como dice R. García Cotarelo: "Este criterio de 'realismo' económico se traduce luego, en la práctica jurídica de mermar la eficacia de este derecho económico-social fundamental que resulta imposible, sin embargo, invocar en contra del Estado del Bienestar, patrono que genera paro en sus propias empresas públicas. Ahora bien, no puede renunciarse sin más a la eficacia del derecho al trabajo porque dicha renuncia supondría:

a) atentar contra el principio doctrinal de que todo Derecho Constitucional es derecho positivo.

b) atacar la misma esencia del Estado de Derecho. En efecto, éste se fundamenta en la libertad, pero también en la igualdad"<sup>44</sup>.

Realmente, la problemática de la falta de eficacia de un derecho como el derecho al trabajo nos plantea, si puede aceptarse la falta de eficacia en otros derechos. Si la libertad e igualdad en los textos constitucionales están dotadas de eficacia real, no es admisible que la seguridad económica, que depende de tener trabajo, y que genera libertad e igualdad, no esté dotada de tal eficacia. Luego si se acepta la falta de eficacia del derecho del trabajo por criterio de "realidad

económica", se está aceptando que otros derechos económicos y sociales se vean afectados por ese criterio.

Sin embargo, precisamente la articulación de este derecho del trabajo del que se discute su eficacia frente al Estado, o el derecho de libertad sindical que está muy vinculado a las relaciones laborales, con Derechos Fundamentales clásicos como son la libertad, la igualdad y la no discriminación, constituye el punto clave de la eficacia de los derechos socioeconómicos en las relaciones entre particulares.

Veamos algunos ejemplos de jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en materia de relaciones laborales entre particulares y cómo de esta forma la Constitución incide en el ámbito de las relaciones privadas. Frecuentemente la materia de la negociación colectiva laboral da lugar a numerosas situaciones conflictivas que acaban en los Tribunales.

Como ha venido recordando el Tribunal Constitucional en el recurso de amparo no puede invocarse el derecho a la negociación colectiva reconocido en el art. 37.1, pues como es sabido en el art. 53.2, ese derecho queda fuera de los derechos y libertades amparados por ese mecanismo de protección. Ahora bien, el asunto de la negociación colectiva tiene conexión indirecta con la discutida eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares<sup>22</sup>, pues la norma pactada tiene origen privado, pero el convenio colectivo en cuanto tiene valor normativo, ha de someterse a las reglas de mayor rango jerárquico

y ha de respetar el cuadro de derechos fundamentales acogido en nuestra Constitución.

Para que la impugnación de un convenio sea por recurso de amparo constitucional hay que acreditar no sólo lesión de algún derecho fundamental, sino tiene que haber actuación frente a un acto público judicial o administrativo y que se agoten las vías judiciales previas y precedentes, pues el recurso de amparo sólo podrá actuar con carácter subsidiario<sup>66</sup>.

La lesión del derecho fundamental que se invoque, puede provenir bien del contenido del convenio, del proceso seguido para su negociación de la aplicación de alguna de sus cláusulas, o de cualquier otro aspecto del convenio. Además del derecho a la igualdad y a la no discriminación recogido en el art. 14<sup>67</sup> se pueden invocar otros derechos fundamentales, pero la experiencia demuestra que no se producen importantes variaciones, pues sólo algunos derechos mantienen relación con la negociación colectiva. El más citado es el art. 28.1 de la Constitución española que enuncia el derecho a la libertad sindical.

Luego los particulares, en el ámbito laboral referido a la negociación colectiva, experimentan la eficacia de los derechos fundamentales invocando fundamentalmente el principio de igualdad y de no discriminación, ya para poner en cuestión el ámbito de aplicación del convenio, ya para tachar de discriminatoria alguna de las cláusulas, pidiendo un pronunciamiento jurisdiccional al respecto.

Además del principio de libertad sindical se reclama por los particulares el principio de igualdad ante las instancias jurisdiccionales en los conflictos sobre negociación colectiva, pero ha de presidir toda actuación una prudente cautela, pues como se desprende de la STC 136/1987, el derecho a la igualdad y a la no discriminación, impone determinadas limitaciones a la negociación colectiva.

El Tribunal Constitucional ha considerado debe aplicarse con matizaciones y en combinación con otros principios a las realizaciones entre particulares y en especial al enjuiciamiento de las decisiones empresariales (SSTC 34/84 y 6/88), pero también ha recordado repetidamente que el ámbito privado no puede quedar al margen de aquel principio constitucional, y por ello ha declarado (STC 31/84) que, "tanto la regulación mínima como la que se deja a la autonomía colectiva de las partes sociales ha de operar respetando el principio de igualdad de remuneración, con exclusión de todo trato discriminatorio que implique violación de ese principio".

Un aspecto concreto de la negociación colectiva que produce invocación a Derechos Fundamentales son las cláusulas de edad, que regulan la extinción del contrato laboral, o el establecimiento de jubilación forzosa<sup>ss</sup>. Además de los preceptos constitucionales como el art. 35.1 (derecho al trabajo), o el art. 40.1 (deber de los poderes públicos de realizar una política de pleno empleo), inciden previsiones normativas de aparente signo contrario, como el art. 17.1 del Estatuto de los Trabajadores que prohíbe discriminaciones desfavorables por razón

de la edad, y la disposición 5ª del mismo Estatuto que autoriza la negociación colectiva para que pacte "libremente edades de jubilación". En las SSTC 95/1985 y 11 a 126 de ese mismo año, vino a recordar que la existencia de ese tipo de reglas en determinadas empresas o sectores de actividad, y no con carácter general, no era discriminatorio, pues se debía al carácter sectorial o profesional del convenio colectivo. Esa característica se ve resaltada en la STC 643/1986 en que el Tribunal Constitucional rechaza la pretensión de un grupo de empresarios de que no se le aplicasen por discriminatorias, determinadas cláusulas del convenio colectivo del sector correspondiente, pues consideraban diferenciaban sus empresas de las restantes del sector en razón de la actividad que una y otras realizaban. El Tribunal Constitucional consideró que efectivamente tal diferenciación estaba justificada y era compatible con el principio de no discriminación.

Otro ejemplo de incidencia de Derechos Fundamentales en el ámbito laboral de particulares, en el marco de la negociación colectiva se encuentra en la distinción por sexo dentro de un convenio colectivo<sup>69</sup>. Se trata de la STC 207/1987, de 22 de diciembre, respecto a unas cláusulas pactadas con carácter transitorio que concedían al personal femenino que prestaba servicios como auxiliar de vuelo, -y no al personal masculino- el derecho al retiro a una determinada edad. El Tribunal Constitucional estimó que según el art. 14 de la CE y el 17.1 del ET el sexo en sí mismo no puede ser motivo de trato desigual, y aun existiendo trabajos en los que la presencia física tenga relevancia, no es así este caso, por lo que no considera

justificadas las cláusulas diferenciadoras, y rechaza la justificación que previamente había entendido el Tribunal Central de Trabajo, de "la presencia atractiva que normalmente demanda el personal receptor de estos servicios" a las auxiliares de vuelo femenino.

En otros casos, ha sido el principio de libertad sindical el derecho que se ha considerado lesionado, y su invocación ha producido efectos en relaciones laborales en conflicto. Véase el caso resuelto por STC 78/1982. Se trata del despido de un trabajador y representante sindical, que había sido declarado improcedente, y la empresa recurrió en casación la sentencia de la Magistratura. En tanto se resolvía el recurso, el trabajador había pretendido incorporarse a su puesto, lo que le fue denegado por la empresa y esa decisión negativa la confirmó la jurisdicción laboral.

Este último pronunciamiento judicial fue el que se recurrió en amparo, ya que la empresa había optado por pagar al trabajador en tanto se decidía el recurso, sin permitirle ocupar su puesto, impidiéndolo continuar en el ejercicio de sus funciones sindicales en ella. El Tribunal Constitucional estima que esta decisión judicial amparaba una injerencia empresarial en las actividades sindicales, con lesión del art. 28.1 de la CE, por lo que anuló la actuación judicial y reconoció el derecho del trabajador a continuar como representante sindical. Luego en este caso el Tribunal Constitucional afirmó que se dañaba un derecho del trabajador, que el Tribunal Supremo no había estimado.



Otro caso visto por el Tribunal Constitucional es el que resuelve la sentencia 38/1981. El problema aquí era la calificación correcta del despido de unos trabajadores que habían sido proclamados representantes sindicales. Las sentencias recurridas habían declarado su nulidad por incumplimiento de los requisitos formales previstos legalmente, mientras que los recurrentes estimaban que estaba viciado de origen por atentar a la libertad sindical y por ello era preciso se dedujeran las consecuencias pertinentes (facultad de opción al trabajador entre indemnización o readmisión). El Tribunal Constitucional en su estudio de las sentencias de los órganos judiciales consideró que no había probado el carácter discriminatorio, pero habían desechado la causa económica o disciplinaria. Como resultado el Tribunal anuló las sentencias anteriores y condenó a la empresa a la readmisión.

También en las Sentencias 55/1986 y 104/1986 el Tribunal Constitucional aprecia lesiones en los particulares como consecuencia del incumplimiento por los órganos judiciales de sus obligaciones en el ejercicio de su jurisdicción relativa a la protección de derechos fundamentales.

La 1ª sentencia anuló una sentencia laboral que no había entrado a conocer de las discriminaciones alegadas por un trabajador por entender que "todo procedimiento laboral es un procedimiento de cuantificación y de delimitación y liquidación de cantidades". En la 2ª sentencia se anula una sentencia penal que había condenado al autor de un artículo periodístico, sin haber considerado las dimensiones constitucionales del conflicto.

Y sin haberse referido a la articulación del derecho al honor y la libertad que invocaba el periodista. Expresa la sentencia: "Al omitir indebida e inexcusablemente de su enfoque tal derecho fundamental (el juez), lo desconoció y al desconocerlo voluntaria y conscientemente lo vulneró).

Pero como señala J. Ballarín, a veces el Tribunal Constitucional ha sido extraordinariamente prudente en materia de *Drittwirkung*<sup>70</sup>. En su sentencia 94/1984 entiende que la rescisión del contrato de trabajo de una trabajadora en período de prueba que se hallaba embarazada no puede considerarse discriminación por razón de sexo, pues "la policlínica contrata habitualmente mujeres y la extinción de la relación laboral (...) se produjo cuando la demandante de amparo ya no estaba embarazada". Como vemos en este conflicto, no se profundizó en las motivaciones, sino que se resolvió directamente respecto a la discriminación o no, o sea sobre la limitación del derecho fundamental que invocaba la persona particular.

También una actitud prudente es la sentencia 19/1985 respecto al conflicto entre una trabajadora y su empresario, ya que la primera pretendía una modificación unilateral de su régimen de descanso en razón a sus creencias religiosas particulares. El Tribunal Constitucional niega este derecho entendiendo que la proyección del art. 16 sobre el ámbito laboral no tiene tan definitivo alcance.

Hasta aquí hemos comentado diferentes casos en que los derechos socioeconómicos recogidos en la Constitución tienen

incidencia y proyección en las relaciones entre particulares, con independencia de que algunos de tales derechos no puedan ser exigidos jurídicamente ante los poderes públicos. Se trata de demostrar que si hasta ahora habíamos analizado los aspectos públicos de las relaciones entre las Constituciones y la realidad política y social, y habíamos visto los mecanismos de integración de los cambios que la interacción de normas y realidad producen, las Constituciones no se mantienen ajenas a las relaciones privadas, en las que inciden aun sin expresa regulación textual.

Esta proyección entre particulares de las normas constitucionales constituye una de las bases del orden democrático liberal en tanto que conecta las normas constitucionales con el ámbito privado de la sociedad civil. De esta forma se cuestionan y diluyen los límites estrictos entre el ámbito público del Derecho y el privado, y puesto que los jueces, un poder público, son en realidad los creadores de la *Drittwirkung* ya que es sobre todo creación jurisprudencial a falta de normas constitucionales explícitas, se llega a la conclusión de que es preciso innovar la teoría constitucional mediante un tipo nuevo de normas que contribuyan o resulten más eficaces en el proceso de aproximación que se viene desarrollando a lo largo de siglo y medio entre los textos constitucionales con sus afirmaciones -retóricas, programáticas, ideológicas o desiderativas-, y la realidad político, social y económica, siempre cambiante.

Precisamente de la necesidad de innovación de las normas constitucionales y de dos casos concretos trataremos en los capítulos siguientes.

### 3. RECAPITULACION

Si hasta ahora a lo largo de este trabajo nos hemos ocupado de los aspectos públicos de las relaciones de los textos constitucionales con la realidad, y hemos prestado detenida atención a los cambios y transformaciones que tal interacción produce y a los mecanismos de integración de esas modificaciones, en este tema nos hemos centrado en la incidencia de determinadas normas constitucionales en el ámbito privado de las relaciones entre particulares. Concretamente hemos analizado cómo los Derechos Fundamentales típicas normas constitucionales se proyectan sobre la realidad de las relaciones privadas.

Dado el carácter básicamente liberal de los sistemas políticos occidentales, que estima conseguir sus objetivos cuando las normas constitucionales o de derecho público consolidan y garantizan el ámbito privado como ámbito de libertad, las Constituciones no pueden mantenerse ajenas a la regulación de las relaciones privadas.

Pero si bien los Derechos Fundamentales tienen eficacia definida y vinculante frente a los poderes públicos, con un sistema de protección totalmente delimitado, el problema de la eficacia de tales Derechos en las relaciones "inter privados" es

un tema muy diluido, y que en numerosos casos no halla expresión textual alguna, sino antes bien, la doctrina de tal eficacia es de construcción básicamente jurisprudencial como hemos visto, y son diversas y numerosas las posiciones que se defienden en la doctrina de la *Drittwirkung*. Tras analizar las tesis que niegan la eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares, nos detenemos en la teoría que efectivamente les reconoce una eficacia mediata o de efectos limitados. En el texto constitucional español vigente, no se encuentra apoyo expreso a la Teoría de la *Drittwirkung*, y su elaboración, como en otros países, ha sido tarea doctrinal y jurisprudencial. En algunas sentencias constitucionales que comentamos, se analiza que efectivamente, la labor de los jueces y su función interpretadora, es la creadora de la *Drittwirkung*, en su actuación en las relaciones privadas.

En nuestra opinión, y aun sin el apoyo del reconocimiento expreso en el texto constitucional y con sólo la doctrina sentada por la jurisprudencia, creemos que se puede afirmar que la *Drittwirkung* y el modo en que se entiende tal teoría, es una forma de asegurar la incidencia de las Constituciones en la realidad social, ya que en el fondo se trata de proyectar la eficacia de la Constitución como norma jurídica que es, a la relación entre particulares, y de esta forma se hace posible la influencia del texto en la transformación de la realidad social del simple individuo como sujeto concreto.

En el segundo apartado nos hemos referido a la eficacia de los derechos socioeconómicos en general y en el caso concreto de

la Constitución española vigente. Partiendo de la naturaleza y características de los derechos socioeconómicos, de su aparición posterior a los Derechos Fundamentales y del condicionamiento que para su efectividad frente a los poderes públicos implica que haya medios materiales suficientes y actuación estatal en ese sentido, llegamos al análisis de que efectivamente hay una vertiente de eficacia de esos derechos en las relaciones "inter privados", sin que ciertamente sea homogénea en todos los derechos, ya que se dan diversas circunstancias que lo justifican. 1º) No todos los derechos socioeconómicos reciben igual protección por los sistemas de garantías, mecanismos jurisdiccionales ordinarios o constitucionales, 2º) gran número de derechos socioeconómicos se ejercitan por particulares frente a particulares, y 3º) mediante el recurso de amparo en el Tribunal Constitucional, al que se puede acceder como mecanismo subsidiario si se invoca lesión de Derechos Fundamentales, los derechos económicos que muestran una estrecha vinculación con los principios de igualdad, no discriminación, etc. reciben especial protección y revisten como consecuencia, una determinante eficacia en las relaciones entre particulares.

Esto es especialmente demostrable en conflictos de materia laboral, que ofrece a la jurisprudencia numerosos ejemplos de los que hemos comentado algunos casos.

Teniendo en cuenta que en los textos constitucionales, concretamente en nuestra Constitución vigente, no está expresado textualmente cómo las normas constitucionales se proyectan sobre las relaciones particulares y qué efectos producen, se puede

concluir que son los jueces los creadores de la *Drittwirkung* los que a través de su función jurisprudencial e interpretadora actúan eficazmente en la aplicación de la Constitución a nivel particular. La *Drittwirkung* es el cauce por el que se proyecta la influencia de la Constitución en el orden privado, y aparece como el fundamento del orden democrático liberal ya que pone en relación la Constitución con el ámbito privado de la sociedad civil.

Esta evidencia de cómo la distinción entre el ámbito público y privado del Derecho se relativiza, y cómo la labor jurisprudencial subsana la carencia de normas explícitas, ha llevado a la convicción de que es preciso innovar la teoría constitucional mediante un nuevo tipo de normas que desempeñen una función más eficaz en el proceso de alcanzar una vinculación más perfecta entre textos constitucionales y realidad cambiante, y que el ámbito privado reciba una proyección constitucional más operativa. Esta será la cuestión fundamental que nos planteemos en los siguientes capítulos, en un intento de análisis del nuevo tipo de normas y de su incidencia en la realidad.

#### 4. NOTAS

- 1) Cf. Jorge de Esteban y Luis López Guerra, *El régimen constitucional español*, Vol. I, Editorial Labor, Barcelona, 1980, pág.
- 2) *Ibid.*, pág. 128.
- 3) Cf. Gregorio Peces Barba, *Derechos Fundamentales*, Vol. I, Biblioteca Guadiana Universitaria, Madrid-Barcelona, 1975, pág. 75.
- 4) Cf. H.P. Schneider, "Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático", *Revista de Estudios Políticos*, nº 7, 1985, pág. 13.
- 5) Cf. R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Staatsrechtlich Abhandlungen, 2ª ed. Duncker und Humblot, Berlín, 1968, pág. 265.
- 6) C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 5ª ed., Berlín, 1970, pág. 162.
- 7) Cf. H. Heller, "Grundrecht und Grundlichen", en *Gesamte Schriften*, Rowohlt, Leiden, 1971, Bonn, pág. 281.
- 8) Vid. H.P. Schneider, *op. cit.*, pág. 20.
- 9) Cf. K. Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Ariel Barcelona, 1976, pág. 398.
- 10) Sobre el amparo o "recurso constitucional", *Verfassungsbeschwerde*, véase, por ejemplo entre la bibliografía española, I. Von Münch, "El recurso de amparo constitucional como instrumento jurídico y político en la República Federal de Alemania", *Revista de Estudios Políticos*, nº 7, 1979. A pesar de exigirse el agotar las vías procesales ordinarias, en Alemania cabe acudir, según el art. 90.2 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, ante éste, sin cumplir tal trámite, cuando el asunto es de importancia general, o cuando amenaza al recurrente un perjuicio grave.
- 11) Cf. E. García de Enterría, "La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas", en *Revista Española de*



*Derecho Constitucional*, nº 1, Vol. I, CEC, Madrid, 1981, pág. 35 y ss.

- 12) Sobre el Defensor del Pueblo, véase: T.R. Fernández, "Reflexiones en torno al artículo 161.2 de la Constitución", *Boletín Informativo de Derecho Político de la UNED*, nº 3, Madrid, 1879, pág. 11.
- 13) Cf. L. Martín Retortillo, "*Materiales para una Constitución*", Akal Editor, nº 63, Madrid, 1984, pág. 198.
- 14) Vid. H.P. Schneider, op. cit., pág. 20.
- 15) Cf. J. Pabón, *El Poder Judicial*, Vol. III, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1982.
- 16) Cf. W. Von de Pestalozza, "Kristische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung in der Bundesrepublik Deutschland", *Der Staat*, 2, 1963, pág. 425.
- 17) Cf. R. Thoma, *Grundrisse der allgemeinen Staatslehre*, Ferd-Dummers Verlag, Bonn, 1948.
- 18) Cf. H.C. Nipperdey, *Die Würde des Menschen*, en F. Neuman-Nipperdey-Scheuner, *Die Grundrechte Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Duncker, Humblot, Berlin, 1954.
- 19) Cf. Laufke, *Festschrift für H. Lehman*, Verlag Stämpfli, Bonn, 1955, pág. 147.
- 20) Vid. M. Schwabe, op. cit., pág. 1020.
- 21) Cf. I. Von Münch, *Grundgesetz-Kommentar*, Vol. I, Beck, Munich, 1981, pág. 27.
- 22) Vid. J. Pabón, op. cit., pág. 2213.
- 23) Cf. A. Faure, *Droit Constitutionnel Suisse*, R.P.A., Friburgo, 1970.
- 24) Ibid., pág. 220.
- 25) Cf. E. Forsthooff, *Festschrift für Carl Schmitt*, Duncken und Humblot, Berlin, 1959, pág. 35.

- 26) Cf. O. Massing, "Das Bundesverfassungsgericht als Instrument sozialer Kontrolle", en *Verfassungsgerichtsbarkeit Politik Suhrkamp*, Frankfurt, 1976, pág. 38.
- 27) Cf. J. Seifert, "Verfassungsgerichtliche Selbst esckrankung", en *Verfassung...*, op. cit., pág. 116.
- 28) Vid. B. Denninger, op. cit., pág. 168.
- 29) Vid. G. Dürig, op. cit., pág. 102.
- 30) Vid. J. Pabón, op. cit., pág. 2220.
- 31) Ibid., pág. 2220.
- 32) Ibid., pág. 2221.
- 33) Vid. G. Dürig, M. Maunz y R. Herzog, *Komm zum Grundgesetz*, art. 39. N. M. 509, 6ª ed., Koehler Verlag, München, 1986.
- 34) Cf. P. Häberle, *Dir Verfassung des Pluralismus*, Athenäum, Berlín, 1980, pág. 177.
- 35) Ibid., pág. 178.
- 36) Cf. J. García Torres y A. Jiménez Blanco, *Derechos Fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la Jurisprudencia Constitucional*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1986, pág. 225.
- 37) Ibid., pág. 225.
- 38) Ibid., pág. 228 y ss.
- 39) Cf. Carlos Rogel, *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades*, Studia Albornotiana, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1985.
- 40) Ibid., pág. 126.
- 41) Ibid., pág. 127.
- 42) Cf. Jorge Rodríguez Zapata, "Recensión", C. Rogel, *Bienes de la personalidad...* op. cit., *Revista de Estudios Políticos*, (Nueva Epoca), nº 56, abril-junio, 1987, pág. 263.

- 43) *Ibid.*,
- 44) Cf. A. Embid Irujo, "El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado", en *El Tribunal Constitucional*, Vol. I, pág. 923, I.E. Fiscales, Madrid, 1981.
- 45) Vid. J. Pabón, op. cit., pág. 2221.
- 46) Vid. A. Embid Irujo, op. cit., pág. 2215.
- 47) Vid. J. Pabón, op. cit., pág. 2215.
- 48) Véase sobre este tema la obra colectiva *El Tribunal Constitucional*, I.E. Fiscales, Madrid, 1981.
- 49) Sobre el recurso de amparo véase: I. Burgoa, *El juicio de amparo*, Porrúa, México, 1975 y H. Fiz Zamudio, *Juicio de amparo*, F.C.E., México, 1964, *El derecho de amparo en México y España. Su influencia recíproca*, Revista de Estudios Políticos, nº 7, Madrid, 1979.
- 50) Véase sobre jurisprudencia seleccionada: A. Vallés, y F. Díaz de Liaño, *Jurisprudencia constitucional*, Generalidad Valenciana, Valencia, 1985.
- 51) Sobre los aspectos procesales del Tribunal Constitucional, véase: J. González Pérez, *Derecho Procesal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1980. S. Galeotti y B. Rossi, "El Tribunal Constitucional en la Constitución española", *Revista de Estudios Políticos*, nº 7, Madrid, 1979.
- 52) Asimismo, véase: R. Ruiz Lapeña, "El Tribunal Constitucional", *Estudios sobre la Constitución*, op. cit.,
- 53) En relación puede verse: E. García de Enterría, "Sobre los derechos públicos", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 6, Madrid, 1975.
- 54) Es interesante la exposición de Cuadra-Salcedo, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Alianza Editorial, Madrid, 1981.
- 55) Sobre evolución y cambios en el Estado, véase: M. García Pelayo, *Las transformaciones del Estado*

- contemporáneo, Alianza Editorial, Madrid, 1982, pág. 55.
- 56) Vid. Elías Díaz, op. cit., pág. 144.
- 57) Cf. B. Forsthoff, *Problemas actuales del Estado Social de Derecho en Alemania*, I. Estudios Políticos, Madrid, 1966, pág. 32. M.S. Giannini, *Stato Social : une nozione inutile*, Giuffrè, Milano, 1977.
- 58) Sobre "reserva de ley", véase: L. Sánchez Agesta, *Curso de Derecho Constitucional*, Facultad de Derecho, Madrid, 1980. M. García Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza, Madrid, 1983.
- 59) Vid. O. de Juan Asenjo, op. cit., pág. 120.
- 60) Cf. Herrero de Miñón, *Diario de Sesiones del Congreso*, nº 59, 5-5-1978, pág. 2026.
- 61) Véase: A. Durán López, *El Derecho al trabajo y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, MISE, Madrid, 1985. A. de Vita, *La proprietà nell'esperienza giurídica contemporanea*, Giuffrè, Milano, 1974.
- 62) Vid. Jorge de Esteban y Luiz López Guerra, op. cit., pág. 194.
- 63) Cf. Silvio Basile, *Los principios fundamentales en la Constitución española de 1978*, (Predieri y G. de Enterría, Comp.), Civitas, Madrid, 1980, pág. 239.
- 64) Cf. R. García Cotarelo, *Del Estado del Bienestar al Estado del Malestar*, C.E.C., Madrid, 1986, pág. 170.
- 65) Véase: Rodríguez Garrido, "La negociación colectiva en la Constitución de 1978", en AA.VV. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la C.E.*, Madrid, CEC., 1980. Valdés Dalre, "La negociación colectiva en la Constitución" en RPS, nº 121, 1979. Fernández López, "La exclusión de los trabajadores temporales del ámbito de los convenios colectivos", en RL, 1988, nº 1.
- 66) Véase STC 177/1988.
- 67) Resulta interesante sobre el tema: Alonso García, "El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española", RAP, 100-102, Vol. I, 1983, pág. 83. J. Jiménez Campos, "La igualdad jurídica como

límite frente al legislador", REDC, nº 9, 1983. Rodríguez Piñero, "No discriminación en las relaciones laborales", en Borrajo Dacruz, (dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo IV, Edersa, Madrid, 1983.

- 68) Vid. J. García Murcia, "Derechos Fundamentales y negociación colectiva; una aproximación desde la jurisprudencia constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, nº 87, 1988, pág. 209.
- 69) Vid. Amalia Peinado López, "Discriminación de la mujer en el mercado de trabajo español: Un análisis empírico de la discriminación", en RL, EN en AL, nº 28, 1987. Borrajo Dacruz, "Unidad de empresa y desigualdad de trato laboral", en AL, nº 28, 1987.
- 70) Vid. J. Ballarín Iribarren, "Derechos Fundamentales y relaciones entre particulares en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, nº 24, septiembre-diciembre, 1988, pág. 283.

VII. ANALISIS DE UN CASO  
PRACTICO : ART. 3 DE LA  
CONSTITUCION ITALIANA

## INTRODUCCION

A lo largo de la exposición de este trabajo hemos podido ver que, la aparición del constitucionalismo en Occidente mantiene una relación dialéctica de causa-efecto con las realidades político-jurídicas que se manifiestan en esta parte del mundo. Es decir, las Constituciones mantienen un diálogo vivo con la realidad que contribuyen a configurar; afectan, al tiempo que son afectadas por los acontecimientos reales. Se trata de un proceso ejemplar, de prueba y error, mediante el cual, los textos constitucionales van haciéndose más eficaces y más útiles como instrumentos de regulación real. Es evidente que hubiera sido un disparate aplicar a la Constitución española de 1812, llena de disposiciones retóricas, la doctrina de la eficacia normativa inmediata de los textos constitucionales. Para que esta doctrina haya sido posible se ha hecho necesario ese largo proceso de mutua adaptación de las Constituciones a las organizaciones sociopolíticas que han de regular.

Pero la evolución y el proceso que ha seguido esa adaptación, no ha sido homogéneo en todos los países. Mientras que en el continente europeo, la historia del constitucionalismo ha sido una permanente modificación y cambio en los textos constitucionales que cada vez se perfeccionaban y adecuaban más a su tarea, la historia en el ámbito anglosajón ha sido distinta, caracterizada por una permanencia mayor en las normas constitucionales. El caso paradigmático son los Estados Unidos y la diferenciación entre una y otra situación la da la mayor o

menor flexibilidad del correspondiente texto a la hora de facilitar una interpretación vinculante del mismo.

Examinado el primer momento de adecuación de las Constituciones a las realidades político-jurídicas, hemos visto cómo era más relevante y delicado abordar el problema de la relación entre los textos constitucionales y las cuestiones sociales y económicas. De hecho, aún no existe unanimidad en la doctrina sobre si las Constituciones han de contener disposiciones de esta naturaleza por considerarlas ajenas a una teoría constitucional estricta. En verdad, gran parte de este trabajo se ha dedicado a establecer las cuestiones espinosas de la eficacia normativa de las Constituciones (constitución económica, derechos sociales y económicos, drittwirkung, etc.). Ahora, en los dos últimos capítulos hemos de considerar detenidamente cómo el proceso que hemos comentado se desarrolla y tiene lugar en dos Constituciones vigentes modernas, la Constitución italiana de 1947 y la más reciente, la Constitución española de 1978.

Las especiales circunstancias que enmarcan el surgimiento de estas dos Constituciones y el avance conseguido en la aproximación entre Constituciones y realidad como consecuencia del estudio de los aspectos citados anteriormente, cambios políticos y Constituciones, revisión constitucional, actividad judicial y su politización, proyección constitucional en la vida privada, etc., -hace que se considere necesario incluir en estos dos textos artículos capaces de transformar la realidad, de actuar como motor de cambios y auténticas palancas removedoras de



tradicionales obstáculos y de la inercia constitucional. Se trata de los artículos 3.2 y 9.2 italiano y español respectivamente, que revisten unas características distintas y nuevas frente a artículos clásicos, que encierran en sí una gran potencia transformadora como para satisfacer el afán de transformación política de la postguerra, en un caso y tras una larga dictadura en el otro. Ambas Constituciones son de transición y consenso, y representan un esfuerzo muy intenso de superar la situación de que partían.

En los dos capítulos que siguen vamos a analizar cómo ha sido el desarrollo y el efecto transformador de dichos artículos. En el Capítulo VII nos interesa establecer cuál fue el alcance del artículo 3 de la Constitución italiana, pues si bien su redacción es muy prometedora, su potencialidad se vio frenada por la inercia de las instituciones entre otras causas, y concretamente el Tribunal Constitucional ha seguido diversas orientaciones en su actividad que responden al complejo sistema político italiano y a sus especiales peculiaridades, que vamos a comentar.

A la vista de ello, este tema se centra en el análisis de si este artículo ha sido eficaz y eficiente; cuál ha sido el proceso de transformación de la realidad que se ha producido por su incidencia, qué grado de interacción existe entre texto y realidad, y qué efectos concretos han tenido lugar a lo largo de estos cuarenta años de vigencia, en los aspectos sociales, políticos y económicos de la vida italiana, surgirá la respuesta sobre la eficacia y la eficiencia de dicho artículo.

# 1. CARACTERISTICAS Y DESARROLLO DE LA CONSTITUCION ITALIANA DE 1947

Al considerar la Constitución italiana de 1947 hay que tener presente la situación de postguerra, los hechos recientes en la fecha en que se promulgó, y las circunstancias políticas internacionales, con el fin de comprender mejor su naturaleza y en qué realidad concreta surgió el texto. Incluso, las características del proceso de unificación italiana, ya lejana en el tiempo, son importantes a la hora de analizar la Constitución de 1947, pues la burguesía italiana monopolizó el poder durante el período de unificación, de forma que el régimen que se implantó fue parlamentario, de representación oligárquica, con sistema electoral de sufragio censitario, y por el que la burguesía excluyó del poder al cuarto estado. El Partido Liberal Italiano dirigido por Giolitti, como partido de la burguesía reunía los caracteres de un partido de notables y su interés básico era el predominio del modo de producción capitalista en Italia.

Aunque la Segunda Guerra Mundial provocó cambios políticos decisivos en Europa y concretamente en Italia, no se pueden ignorar conexiones e influencias entre una etapa política e histórica, anterior al conflicto bélico y el período de más de cuarenta años de vida constitucional.

Como comenta J.C. Friedrich, tras la Segunda Guerra Mundial, se produce una serie de conmociones revolucionarias, que se puede afirmar tienen carácter negativo, es decir, no están motivadas

por el ansia de un espléndido futuro, sino por el sentimiento de rechazo a un pasado próximo. Concretamente, se refiere a las Constituciones francesa de 1946, la italiana de 1947 y la de Alemania Occidental de 1949, como Constituciones negativas, y hace la siguiente precisión: "Rechazando todo totalitarismo, sea de signo fascista o comunista, así como el individualista liberalismo del capitalismo industrial, el enfoque de estas revoluciones negativas giraban en torno cuatro puntos clave:

- 1) reafirmación de los derechos humanos;
- 2) esfuerzos por restringir tales derechos de modo que no estén disponibles para los enemigos de la democracia;
- 3) insistencia en los fines sociales y su cumplimiento a través de la planificación;
- 4) esfuerzo para circunscribir los objetivos de forma que se impida la reaparición de los métodos totalitarios".

En su opinión, la Constitución italiana presenta la misma marca de negaciones asociadas a la violenta caída del gobierno fascista.

Y si bien la Constitución republicana es el primer esfuerzo deliberado conjunto del pueblo italiano para garantizar su libertad y bien común en un marco constitucional, no es menos cierto que dicho pueblo tuvo tal oportunidad merced a los ejércitos de Estados Unidos y Gran Bretaña. Los demócratas anglosajones se consideraban a sí mismos como los libertadores de los italianos y les complacía ver abolir por referéndum, la monarquía asociada de modo tan poco feliz con el fascismo. Como

observa Einaudi<sup>3</sup>, "no es trascendental el que fueran pocos los que participaran en el proceso constituyente, pero sí parece conveniente dejar en claro el carácter negativo de la revolución suscitada por el "poder constituyente". Fue la victoria extranjera sobre el sistema inconstitucional la que abrió el camino de la reafirmación del constitucionalismo. En el mejor de los casos sólo podía tratarse de una revolución templada"<sup>4</sup>.

Se puede afirmar que esta Constitución tiene un marcado carácter innovador para su época. Se trata de un texto consensuado y de compromiso entre fuerzas políticas de derecha e izquierda. Desde el punto de vista histórico-político, el compromiso que se concreta en el documento constitucional supone un pacto entre el Estado burgués que al desaparecer la monarquía se consolida y fortalece, y el movimiento obrero que en aquel momento, tras el conflicto bélico y la ruinoso situación económica no se planteaba en términos propiamente revolucionarios.

Juzgando este pacto tras los años transcurridos, se puede estimar que en cierto modo logró su objetivo, pues proporcionó un largo período de estabilidad constitucional al país que permitió su reconstrucción económica.

La Constitución italiana de 1947, como opina García Cotarelo, es un texto avanzado de lo que hoy conocemos con el nombre de Estado social de Derecho o Estado de Bienestar. Los datos más relevantes de esa tendencia son: la declaración de que Italia es una república democrática "basada en el trabajo", (art. 1), la

intención del Estado de intervenir en la economía con el fin de planificarla y programarla (art. 41.3), las cláusulas de socialización (arts. 42.3 y 43), el carácter social de la propiedad privada (art. 41.2), una amplia gama de derechos sociales y económicos que van desde el trabajo y su garantía, hasta la huelga y sindicación (arts. 36, 37, 39 y 40) y que además se amparan en su ejercicio mediante la provisión de organizaciones específicas destinadas a garantizarlo bajo la forma de seguro de desempleo, asistencia sanitaria pública, etc. (art. 38). De hecho, con todo, el aspecto esencialmente progresista está en la cláusula transformadora del art. 3.2, que junto con el contenido de otros artículos, plantea una problemática muy original, como es obligar al poder político a transformar un orden económico y social que el mismo texto consagra<sup>6</sup>.

Además de la característica citada de texto consensuado<sup>6</sup>, y avanzado socialmente, es rígido y racionalizado, lo que le da una misión más destacada que la que desempeñó el Estatuto Albertino. En opinión de Lelio Basso, este texto es uno de los experimentos constitucionales de vanguardia, y afirma que, si bien por una parte, "muestra ser uno de los más fieles al verdadero espíritu de una democracia moderna", por otra, "hace posibles los cambios más profundos de las estructuras y relaciones de clase, dentro del respeto a los márgenes constitucionales"<sup>7</sup>.

Ahora bien, si el texto en sí como veremos encierra grandes posibilidades de cambio y transformación, resulta más importante aún examinar los diferentes modos de su aplicación y realización

a lo largo de los años. Si en teoría, sobre el papel, el contenido de la Constitución es uno de los más liberales de Europa, durante los primeros años de la República la aplicación práctica fue totalmente diferente y alejada del espíritu liberal.

Para comprender las razones, es necesario considerar el sistema de partidos sobre el cual se asentó la construcción constitucional. A consecuencia de la guerra y el carácter ideológico que tuvo, se produjo una repercusión inmediata sobre la articulación de los partidos. El hundimiento de las potencias fascistas en la contienda vació de legitimidad a las derechas tradicionales, y desde luego en Alemania e Italia se hizo totalmente impensable reconstruir la situación anterior al conflicto bélico<sup>2</sup>.

El régimen italiano de multipartidismo atomizado configura un sistema político complejo y dinámico que se traduce en la capacidad de los partidos de establecer alianzas y coaliciones, a ello se vincula estrechamente, bien como causa o como efecto, algunas características de la vida política italiana como el clientelismo, las corruptelas de los partidos, la notoria predisposición por los enunciados programáticos, que dificultan establecer sus posiciones en algunas coaliciones<sup>3</sup> que incluyen contradicciones en sus programas.

La inserción en el texto de mecanismos liberales, de *checks and balances*, es consecuencia de una reacción contra el autoritarismo de Mussolini, y en los partidos del centro, especialmente en Democracia Cristiana, del temor al Partido

Comunista. Asimismo refleja el texto el espíritu liberal de la Resistencia y la unidad antifascista que inspira la coalición Tripartita de los años inmediatos a la guerra. Se pretendía crear órganos e instituciones capaces de impedir cualquier tendencia totalitaria del partido que estuviera en el poder.

De Gasperi en 1945 forma su primer gobierno, y surge la colaboración entre comunistas, socialistas y Democracia Cristiana, como vencedores de las elecciones a la Asamblea Constituyente. Pero en primavera de 1947, esta unidad y colaboración ya se había quebrado; había durado hasta que el texto tomó cuerpo, no más allá. Pues el gobierno centrista excluyendo a comunistas y socialistas, mantuvo una línea de actuación muy alejada del espíritu de la Constitución; algunos de sus mandatos fueron ignorados, y a otros se les dio una realización muy escasa. Una vez en el poder y aislados los partidos radicales, la Democracia Cristiana y sus aliados se mostraron menos decididos a proteger los derechos de la minoría y la oposición, que lo que se habían mostrado antes de las elecciones de 1948. Es muy gráfica la breve frase de P. Calamandrei al respecto:

"...para compensar a las fuerzas de izquierda de una revolución hurtada, las derechas no han tenido obstáculo en recoger en la Constitución una revolución prometida".

Todo ello explica cómo tras entrar en vigor la Constitución, haya habido un intenso debate entre las fuerzas políticas sobre la aplicación del texto constitucional. Y la realidad es que en

la época de los gobiernos centristas, con hegemonía la Democracia Cristiana, la Constitución fue en cierto modo inaplicada, y la orientación jurisprudencial del Tribunal de Casación, aceptada por la mayoría parlamentaria, por el Gobierno, y por la Administración, fue que la dogmática de la Constitución, incluidas las normas en garantía de los derechos de libertad, carecían de eficacia jurídica alguna, en tanto no fueran articuladas en las leyes ordinarias por el Parlamento.

Las elecciones de 1948 habían dado mayoría absoluta a Democracia Cristiana, que hubiera podido gobernar sola, pero comienza la etapa de gobierno cuatripartita, con la colaboración de social demócratas, republicanos y liberales bajo la presidencia de la República de Einaudi<sup>12</sup>.

Si bien la Constitución entró en vigor el 1 de enero de 1948, su realización ha sido un proceso cambiante, con diversas orientaciones. Pasaron 10 años antes de que constituyese el Tribunal Constitucional<sup>13</sup> y algunos más antes de conseguir una auténtica independencia judicial; casi veinte años pasaron antes de establecer la regulación del referéndum y de los gobiernos regionales; los partidos del gobierno tuvieron control privilegiado de los medios de comunicación y la protección de los derechos civiles no siempre fue eficaz. Entre los años 1955 y 1965 se aprecia un proceso de maduración democrática que implica numerosos cambios que ejercen importantes efectos en la aplicación y desarrollo práctico de la Constitución.



Los más relevantes podrían ser: el poder comienza a no residir totalmente en el Ejecutivo, y el sistema de *checks and balances* se convierte en algo más real y consistente. Asimismo los derechos civiles reciben una protección más eficaz, y la independencia del Poder Judicial es más visible. Además, el debilitamiento de los lazos entre la coalición nacional<sup>14</sup>, unido a la amplitud de los partidos que se consideraban elegibles para participar en ella, ocasionaron que aumentase la influencia del Parlamento sobre el Ejecutivo. Este proceso recibió una importante ayuda o estímulo en los cambios políticos de finales de 1960.

En una segunda etapa, con gobierno de centro-izquierda, y el partido Socialista dentro de la mayoría parlamentaria, el rasgo más destacable fue la recuperación de los valores inspiradores de la Asamblea constituyente, que se pretenden asumir, nominalmente al menos, como criterios informadores no sólo de la acción del Tribunal Constitucional, que fue extremadamente activo y eficaz en este período, sino también de la del Gobierno y del Parlamento.

Pues si bien desde la salida de los comunistas del gobierno de 1947, la Democracia Cristiana había mostrado un actitud de rechazo al comunismo, e incluso al socialismo, años más tarde tuvo lugar la "apertura a siniestra" que hizo posible la alianza entre Democracia Cristiana y socialismo y posteriormente se estableció la relación con el Partido Comunista dentro del marco del Compromiso Histórico<sup>15</sup> de finales de 1970.

Todo ello tuvo importantes efectos en el desarrollo de la Constitución, pues supuso en el Parlamento un entorno en el cual los límites entre gobierno y oposición llegaron a ser muy indefinidos y las mayorías podían variar significativamente de composición de una decisión a otra. Esto hizo que aprobar leyes resultase difícil a menos que tuvieran apoyo de otros partidos pequeños, y que el peso del poder se desplazara lejos del ejecutivo.

Las numerosas crisis del gobierno en los años setenta demuestran que estos cambios hicieron muy difícil a las coaliciones de gobierno, sobrevivir y gobernar, y la inestabilidad política era intensa. Hubo también a finales de los sesenta y en los setenta otros cambios constitucionales, que retomaron la dirección que señalaba el proyecto originariamente. En primer lugar, se diseñó el sistema de gobiernos regionales; y tuvo lugar en éstos, un cambio de poder de la Democracia Cristiana al Partido Comunista, el cual en alianza con los socialistas, extendió gradualmente su vínculo a los gobiernos locales, al menos a dos tercios de la península. El problema de las regiones contribuye a la complejidad del sistema político italiano, ya que facilita que los partidos accedan a órganos intermedios del gobierno del Estado estimulando la práctica de apoyos parlamentarios y coaliciones y favoreciendo la aparición de ciertas formas de corrupción política.

Un segundo tema que se desarrolló en los años 70, fue el uso del referéndum<sup>16</sup>. Se introdujo casi por sorpresa, pues ninguno de los más importantes partidos estaba realmente interesado en él.

Se hizo en relación al divorcio, ya que la Iglesia Católica pensó en el referéndum como instrumento para combatirlo. Y en otoño de 1969, llamado el "otoño caliente", la coalición de centro-izquierda consiguió la más importante reforma de las leyes del trabajo, el Estatuto de los Trabajadores<sup>17</sup>.

Los resultados más destacables de este cambio de enfoque fueron la aprobación de los Estatutos de las 15 regiones de autonomía ordinaria, y la Ley de 27 de Febrero de 1967, número 48, introductora de una política de programación económica, que, si bien no produjo muchos efectos concretos, como analizamos más adelante, fue importante en el terreno de las declaraciones de principios.

El rasgo común de estas medidas y de otras de menos alcance, es que trataban, en palabras de A. Pizzorusso, de relanzar "la revolución prometida" por la Constitución y el regreso a los principios de ésta...<sup>18</sup>. Se pretendía encontrar caminos para el progreso democrático, y para una mayor participación popular en la gestión de los poderes públicos.

Ciertamente, estos esfuerzos fueron disminuyendo y debilitándose la fuerza innovadora, ya por la acción de los partidos conservadores, ya por las presiones extraconstitucionales de amenazas de golpe de Estado, o acciones de sabotaje económico, como fuga de capitales, entre otras.

Todo ello contribuyó a poner término al período de gobierno de centro-izquierda, pero aun así, la tendencia modernizadora no

se detuvo, como se aprecia en la consulta popular que ratificó la ley del divorcio, y en las elecciones administrativas de 1975 y políticas de 1978, donde se produjo una cierta paridad de votos entre la Democracia Cristiana y el Partido Comunista Italiano, con una tendencia a la bipolaridad que hasta entonces no se había manifestado. Es importante destacar, por lo que significa, que bajo la dirección de Bettino Craxi, (1983-87), entró en funciones el 44º Gobierno italiano desde el fin de la Segunda Guerra Mundial; luego, el promedio es de una duración de 10 meses para cada Gabinete italiano. El problema no reside tanto en la inestabilidad de los Gobiernos, como en la continuidad de las élites políticas o partidos<sup>19</sup>.

Hay que precisar que el Partido Comunista Italiano ha experimentado importantes cambios reformistas con aceptación de mecanismos democráticos que lo distanciaron de modo significativo de la línea predominante en aquel momento. Recientemente, las transformaciones ocurridas en los países del Este de Europa, y la crisis del comunismo en general, ha influido en tal grado que se cuestiona su disolución.

Como es sabido, sólo la Democracia Cristiana que representa a la alta burguesía y a amplias capas de la clase media, es el partido que ha estado en el poder desde 1944, ya en coaliciones o en solitario. Únicamente el republicano Spadolini (1981-82), y el socialista B. Craxi, (1983-87), abrieron brecha en la sucesión de presidentes de gobierno demócrata-cristianos<sup>20</sup>. Así pues, el problema de inestabilidad y gobernabilidad, cabe relacionarlo con problemas de estancamiento de inmovilismo.

Pero la inestabilidad gubernativa, no implica inestabilidad política, ya que la posición de debilidad del ejecutivo en Italia responde al motivo que ya hemos citado ante posibles tentaciones dictatoriales. Asimismo, a esta prevención responde el que sea necesario coordinar en la dirección de la política del gobierno, la función del Presidente y la función de "indirizzio politico" que se le reconoce al Parlamento.

En verdad, el contexto político actual donde opera la Constitución difiere totalmente del de hace 40 años, sin embargo se ha suscitado preocupación por la llamada "crisis de gobernabilidad". Ello, unido a problemas como presupuestos, inflación, conflictos sociales, por cierto comunes a otras democracias europeas, ha favorecido que en estos últimos tiempos el problema de la posible reforma de la Constitución, sea tema de máximo interés.

Teniendo en cuenta estos factores, vamos a analizar el art. 3.2, clave de una posible transformación económica y social que habría de realizar la Constitución. Se examinará dicho artículo en todos los aspectos generales que hemos tratado en los capítulos anteriores, y hemos de verificar si se ha producido tal transformación, en qué grado y en qué sectores, así como la participación que ha tenido en ello la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

## 2. EL ARTICULO 3.2 DE LA CONSTITUCION

Ya hemos visto en capítulos anteriores cómo la intervención del Estado en la vida económica se ha venido considerando como algo irrenunciable y que no se discutía como hecho en sí. Actualmente, los textos constitucionales recogen tal intervención estatal de modo prácticamente general. Véase el artículo 34 de la Constitución francesa; art. 7 de la Constitución alemana, especialmente párrafo 16; art. 45 de la Constitución islandesa, o los arts. 41 y 11 de la turca.

Pero en ninguna de la Constituciones de Estados no socialistas está formulada con la peculiaridad que lo hace la Constitución italiana de 1947, en el art. 3.2. Tal norma, redactada por Lelio Basso, es la inspiradora del art. 9.2 de la Constitución española, lo que permite aplicar a este precepto, lo que ha suscitado en la Constitución italiana el precepto equivalente. Togliatti, ante el pleno de la Asamblea el día 11 de marzo de 1947 afirmaba:

"La asamblea constituyente ha sido elegida por el pueblo italiano, con la esperanza de que lleve a cabo las reformas sociales que el pueblo espera. Estas reformas todavía no se han hecho: es preciso que la constituyente se comprometa en este sentido. Hay una legitimidad formal de la República, el referéndum y la mayoría que en él se manifestó en pro del régimen republicano. Pero también hay un problema de legitimidad elemental. Dicha legitimidad elemental consiste en el hecho de que la República debe

afrontar y resolver los problemas de transformación económica y social que el pueblo necesita y que están maduros para una solución. Nuestra Constitución, aunque no sea el documento que dé la solución a todos esos problemas, debe ser un documento que señale el camino"<sup>21</sup>.

Con estas palabras, trataba de acentuar la necesidad de que la Constitución se identificara y comprometiera con promesas de cambio y progreso social concretas, interpretando que era general la voluntad del país en ese sentido.

Como escribe P. Petta, no bastaba la democracia política que ya estaba alcanzada; eran necesarias profundas transformaciones económicas y sociales. Es en esa tarea y con esa intencionalidad donde encuentran su razón de ser el artículo 3.2 de la Constitución, configurado como palanca contra los obstáculos que la inercia jurídica opone habitualmente al cambio social<sup>22</sup>.

Ciertamente no se ha conseguido pleno rendimiento de este motor de cambio, ni de una forma homogénea en el largo período de vida del texto, pero en los últimos años algunas de las causas parecen ya superadas.

Pasemos a examinar el texto del artículo 3.2, que expresa:

"Incumbe a la República remover los obstáculos de orden económico y social, que limitando de hecho la igualdad de los ciudadanos impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los

trabajadores en la organización política, económica y social del país".

Como se ve, se atribuye al Estado una misión social transformadora destinada a lograr una igualdad efectiva y hay que señalar que en contraste con la mayoría de Constituciones burguesas tradicionales se precisa que, "son obstáculos de orden económico y social" los que limitan de hecho la igualdad de los ciudadanos; y un aspecto aún más avanzado socialmente es, que se le atribuya a la República, como objetivo, el logro de la efectiva "participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país".

No se puede decir que sea una declaración programática, sino un mandato específico a los órganos del Estado, destinados a promover una efectiva participación de los trabajadores en la estructuración y gestión de la nación. Se puede estimar que en tal artículo hay, como opina Predieri, una contraposición entre la sociedad tal como es, y que se rechaza porque obstaculiza los fines, personalistas y de participación que deben informar la sociedad, y la sociedad que se prefigura como objetivo del aparato estatal que debe garantizar la realización de los valores de la persona y la participación, o sea una democracia efectiva<sup>23</sup>. Destaca el mismo autor, que en este artículo, su estructura singular da testimonio de una democracia simple de frontera móvil, nunca realizada del todo, y definida como meta que se mueve<sup>24</sup>. Evidentemente la interpretación de este artículo, es una de las que más combate quien lo considera como un instrumento que permite reformas efectivas, y que empleando todo



el aparato de la República (luego no sólo el legislativo, sino también el poder judicial y el administrativo) permite un "uso alternativo", o una interpretación evolutiva del Derecho, y quien, en minoría, lo considera un instrumento de inspiración conservadora<sup>26</sup>.

Podemos ciertamente reconocer que en tal artículo cabe destacar dos aspectos, pues si afirma una declaración constitucional que suscita la apertura y amplia actuación de los sujetos privados en la vida política, por otro lado se subraya la función a realizar por el Estado.

La pluralidad de matices y aspectos que sugiere este artículo, así como las características y circunstancias que se dieron en el surgimiento del texto constitucional italiano favorecieron el debate entre diversos autores, especialmente Lavagna y Rescigno<sup>26</sup>, sobre forma y sustancia del texto constitucional; el fondo de problema es si es posible la adecuación entre la Constitución y socialismo, o en otro aspecto, qué posibilidades tiene la Constitución sobre la realidad, qué capacidad transformadora y cuál es la valoración que permite el texto, si amplia y plural, o restrictiva y única. Como vemos el punto básico de la polémica está muy vinculado con el tema que estamos desarrollando sobre la relación entre textos constitucionales y realidad, y los múltiples efectos y consecuencias de esta relación.

Lavagna<sup>27</sup> se centra en el análisis de si la Constitución permite la realización de un sistema socialista, pero desde el

punto de vista jurídico. No se trata de si el socialismo puede implantarse sin oponerse a la Constitución, sino de si el texto lo consiente. Se trata pues de dos enfoques, político y jurídico del mismo problema<sup>22</sup>. Pero si Lavagna afirma la virtualidad socialista de la formalización y garantismo constitucional italiano, Rescigno la niega y parece defender una futura formalización que regule las 'sustancialidades' que él propugna<sup>23</sup>. Ambos autores coinciden en que es importante que la normativa constitucional tenga una ajustada visión de la realidad económica; es decir destacan como fundamental la conexión que debe existir entre ordenamiento y la vida económica o realidad, tema que ya hemos tratado en el Capítulo V.

Porque aunque la redacción del artículo 3.2 aparece cargada de contenido, la eficacia y la capacidad transformadora no reside solamente en el texto, sino en la lectura que se haga de él, en unión con el resto del ordenamiento del que forma parte, y no en vano se considera el artículo 3, punto de apoyo básico de la teoría del uso alternativo del derecho, a la que nos referimos más adelante. Es evidente que la Constitución italiana, como Constitución de consenso, presenta una interpretación diferente en cada momento dado según las fuerzas políticas que estén en el poder. Pero además de esta posible variación es fundamental, cuando se trata de juzgar los efectos de la realización del artículo 3.2 por los órganos del Estado, valorar las consecuencias de, por un lado, la inestabilidad de los gobiernos, y por otro, el inmovilismo de algunos partidos políticos, factores a los que ya nos hemos referido.

### 3. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

#### 3.1.- CIRCUNSTANCIAS POLITICAS E HISTORICAS

Como ya hemos señalado en el epígrafe anterior, ciertamente, la Constitución italiana sufrió las consecuencias de un período de involución que se produjo entre 1947 y 1953, en que hubo tal tensión que parecía iba a provocar un cambio de régimen político. La Democracia Cristiana ganó las elecciones el 12 de Abril de 1948; a partir de este momento, en el clima de la guerra fría, se produjeron algunas violaciones de derechos civiles y políticos, como el derecho de reunión, circulación y libertad religiosa, y en general ciertos incumplimientos constitucionales<sup>30</sup>. Pero la anomalía más importante fue el recurso a los tribunales militares, y que no existía control sobre la legalidad constitucional de los actos normativos, pues la Asamblea constituyente había remitido a la legislación ordinaria todo lo referente al Tribunal Constitucional. Calamandrei opina: "Era como arrendar a los lobos la construcción de la puerta de acceso a las ovejas"<sup>31</sup>.

El Poder Judicial en esta época también vio amenazada su independencia, pues dependía del ministro de Justicia, que incluso dictaba circulares sobre la adecuada interpretación de las leyes. Durante algunos años al igual que ocurría en otros países europeos, la izquierda, especialmente el partido comunista, estuvo en peligro de ser puesto fuera de la ley a consecuencia del rechazo y temor que inspiraba junto con el partido fascista, como secuela de la Segunda Guerra Mundial y de

la "guerra fría". Concretamente la disposición final XII de la Constitución italiana prohíbe la reorganización bajo cualquier forma del disuelto partido fascista. Pero la situación más grave se produjo por parte de la Democracia Cristiana y sus aliados, con la famosa ley estafa, "legge trufa", de 1953<sup>22</sup>.

Como precedente de esta ley, se puede citar la Ley Acerbo<sup>23</sup>, que bajo el fascismo en 1924, atribuía dos tercios de escaños de la Cámara electiva a la lista que hubiera obtenido el veinticinco por ciento de los sufragios. Era claramente una violación de la equidad y un instrumento de manipulación del dictador. La Ley de 1953 variaba en algunos aspectos; adoptaba un sistema que garantizaba al partido o coaliciones de partidos que hubiesen obtenido la mayoría absoluta de votos, el 65 por 100 de los escaños.

Ante las medidas hostiles, la izquierda trató de defenderse de tal situación apelando frecuentemente a la Constitución contra el abuso del ejecutivo, y mediante su propia organización para la lucha de masas; como meta se señalaba la reforma agraria, el plan económico nacional, y las elecciones de 1958. Puntos fundamentales de la campaña de la izquierda fueron el "derecho al trabajo" que se expresa en el artículo 4.1 y que comentamos en un epígrafe posterior.

Mortati trata este tema detenidamente<sup>24</sup> y Togliatti, como ya hizo Sereni, afirma *"que ninguna Constitución ha servido para salvaguardar la libertad... Ninguna Constitución asegura por sí el progreso económico y social"*<sup>25</sup>. Expresaba así su

convencimiento de que el texto constitucional por si solo, garantizaba cambios fundamentales ni constituía plena garantía los derechos. Era necesario la realización concreta y cumplimiento del verdadero espíritu de la Constitución, durante años los gobiernos centristas estuvieron eludiendo gran parte.

Realmente, la izquierda aludió repetidamente a las partes la Constitución que recogen derechos y libertades y se cita las numerosas alteraciones del texto. Por todo ello la creación del Tribunal Constitucional produjo perplejidad en las fuerzas políticas de izquierda, y se hicieron consideraciones de tipo acerca de la institución de ese órgano, favorables desfavorables<sup>24</sup>. En el Congreso de Turín del PSI (1955), consideró al Tribunal Constitucional como único modo de poner "límites constitucionales en el sentido jurídico de la expresión a los poderes de la mayoría. En el ámbito comunista, había optimismo respecto la nueva institución y se aceptaba que Tribunal Constitucional podía ser una defensa válida de legitimidad constitucional.

En las elecciones de 1953 la Democracia Cristiana, tras seis años de mandato, pierde el dominio absoluto, y las elecciones 1958 se pueden considerar como un progreso de la izquierda y retroceso de la Democracia Cristiana. Gronchi, elegido presidente de la República en 1955, reclamó en su mensaje presidencial "la efectividad de la Constitución". Ciertamente, el movimiento para hacer operativa la Constitución se puso en marcha, y aunque la institución del Tribunal Constitucional se decidió en 1953, en

es sabido el Tribunal no pudo constituirse hasta diciembre de 1955, (dada la dificultad de elegir con tres quintos de mayoría a los cinco miembros de origen parlamentario durante los sucesivos escrutinios realizados el 31 de octubre de 1953, el 29 de julio de 1954 y, en fin, el 15, 16 y 30 de noviembre de 1955: manteniéndose la ficción de una "única sesión conjunta de las Cámaras", cada vez prorrogada:...)»7.

Además de la regulación del Tribunal existente en la Constitución (artículos 134 y 137), hubo que precisar su estructura mediante dos leyes constitucionales, (1948 y 1953), dos leyes ordinarias (1953 y 1958), además de un reglamento general (1958) y normas complementarias (1956).

Su actividad jurisdiccional comenzó en la primavera de 1956. Su primera sentencia fue estableciendo la inconstitucionalidad del art. 113 del Estatuto del Partido Socialista, produciendo un gran efecto como comprobación de la existencia de la Constitución en toda su vigencia.

Hubo en los primeros años un gran entusiasmo por la institución del Tribunal Constitucional, que se vio disminuido cuando en 1959 se pusieron en tela de juicio no sólo las libertades, sino los derechos económicos y sociales, tras declarar inconstitucional la ley sobre el llamado "imponible de mano de obra" en la agricultura, con lo que aparecía el citado Tribunal como aliado de las clases propietarias rurales. Togliatti razonaba la investidura de poder del Tribunal como

control del Estado, y recordaba el carácter reaccionario de la mayoría de la magistratura italiana en 1947. Y en 1959 argumenta:

"El error es pretender que se pueda confiar a un consenso de juristas y magistrados, cuya junta no ha de dar cuenta de sus actuaciones ante nadie, la competencia de revisar y censurar la actividad legislativa vigilando su correspondencia con los principios constitucionales. Si la Constitución es un programa de transformación de la sociedad italiana, querer limitar la discusión y la lucha en pro de la Constitución al terreno jurídico tradicional puede ser labor no solamente vana, sino incluso peligrosa"<sup>33</sup>.

Se necesita una "magistratura para la cual la Constitución no sea solamente una serie de artículos por interpretar, sino más bien el acto inicial de un proceso de transformación que tienen lugar en la conciencia de los hombres, en sus organismos, y en toda la sociedad. Donde falte esta institución histórico-política y este impulso, la ciencia jurídica es algo muerto que sirve de poco y que, en nuestro caso, incluso puede hacer daño"<sup>34</sup>.

### 3.2.- NATURALEZA Y FUNCIONES

En la regulación del Tribunal Constitucional se distingue entre disposiciones que conforman su organización, las que determinan sus funciones y aquellas que establecen las normas procedimentales a través de las que se ejercen esas competencias.

El primer grupo perfila un tipo de órgano que muestra junto a características propias de órganos judiciales otras peculiares de tipo parlamentario, como respuesta a la intención de los legisladores de establecer un órgano que estuviese en condiciones de garantizar el respeto efectivo de los derechos del ciudadano y al mismo tiempo fuese una instancia capaz de desarrollar un papel arbitral en los conflictos entre órganos y entes constitucionales.

De igual modo se justifica el modo de designación de los jueces constitucionales, (1/3 por el Parlamento en sesión conjunta; 2/3 por la suprema magistratura, -ordinaria y administrativa-, y por el Jefe del Estado conjuntamente), aunque la idea de crear un poder de síntesis de los tres poderes clásicos no ha encontrado eficacia en la realidad<sup>40</sup>. Pues los miembros que nombra el Jefe del Estado lo son efectivamente por él, y no por el gobierno, y los designados por las magistraturas "supremas", (tres por el Tribunal de Casación, uno por el Consejo de Estado y uno por el Tribunal de Cuentas), no son expresión del conjunto de los magistrados, sino sólo de los que pertenecen a los Tribunales que ocupan el vértice de las jurisdicciones respectivas, lo que supone una diferencia importante.

Además, las limitaciones en el electorado pasivo destinadas a garantizar cierta cualificación profesional han sido tan laxas, que se han producido designaciones que más que atender a la funcionalidad del órgano se han orientado según el interés del partido designante. Y reflejo de la extendida insatisfacción por el sistema de reclutamiento de los jueces constitucionales son



las modificaciones introducidas por la ley constitucional de 22 de Noviembre de 1967, nº 2, y los proyectos de reforma discutidos en ese período<sup>41</sup>.

La importancia máxima del Tribunal Constitucional reside en sus funciones, y su regulación, al igual que la de su composición acusa la inspiración dual del constituyente que pretende crear un órgano garantista y arbitral. Y hay que destacar que la protección de los Derechos Fundamentales en la organización de la justicia constitucional italiana, no tiene lugar a través de procedimientos específicos, como el recurso de amparo, o la *Verfassungsbeschwerde*, sino que por el contrario, se desarrolla en el cuadro de procesos ordinarios civiles, penales o administrativos.

Se puede trazar una distinción entre estas dos funciones, pero no de forma clara, pues en cada una de ellas existen notas de la otra. La función fundamentalmente garantista es el control de constitucionalidad de las leyes. Es un tipo de control concentrado, pues sólo puede ejercerlo el Tribunal de Garantías Constitucionales. Se han adoptado procedimientos para llevar a cabo el control: por vía incidental y en vía principal, pero en todo caso la sentencia de inconstitucionalidad determina la ineficacia de la decisión, (art. 136), teniendo presente que contra las decisiones del Tribunal Constitucional no se admite impugnación alguna (art. 137).

Dicho control consiste básicamente en la apreciación de la "legitimidad constitucional" de ciertas leyes y actos con fuerza

de ley, (art. 134); es decir, control de vicios procedimentales y sustanciales. Pero se trata de un control de legitimidad, careciendo el Tribunal de potestad para cualquier "control de oportunidad", según expresa el art. 28 de la Ley de 11 de mayo de 1953, nº 87, para "toda valoración de naturaleza política y para cualquier control sobre el empleo del poder discrecional del Parlamento".

Pero si el texto indica la idea restrictiva con claridad, el examen de hechos concretos plantea motivos de confusión. Así, el Tribunal Constitucional en frecuentes ocasiones ha estimado estar capacitado para formular valoraciones que, en opinión de otros, han lesionado la discrecionalidad del Parlamento; esto ha ocurrido especialmente a propósito del principio de igualdad que será objeto de especial atención en epígrafe próximo, al igual que no han faltado ocasiones en que el Tribunal ha rehusado hacer valoraciones que otros observadores han estimado eran de su competencia<sup>42</sup>.

En general, sobre esta función de control se puede afirmar que el Tribunal, partiendo de una regulación escasamente orgánica y por medio de una jurisprudencia prevalente ha ejercido el control de constitucionalidad de tal modo que ha procurado dejar abiertas gran número de posibilidades tanto en la delimitación del alcance de sus sentencias estimatorias, o invocando a menudo motivos de inadmisibilidad cuando ha estimado que la cuestión no estaba por motivos políticos en buena disposición para un fallo. Para todo ello el Tribunal cuenta con técnicas procedimentales muy complejas que permiten formular sus decisiones de forma que

no sólo producen eliminación de una disposición sino también efectos "aditivos" o "sustitutivos", en las disposiciones vigentes. Existen además sentencias desestimatorias y dentro de este grupo las interpretativas y las correctivas, pero ya que esta materia constituye el aspecto instrumental y procedimental del Tribunal Constitucional no nos detenemos en su análisis<sup>43</sup>.

De esta forma y con estos medios el Tribunal Constitucional ha venido a ejercer un papel importante alternativo respecto del que cumple el Parlamento, (indirizzo) para la adecuación del ordenamiento positivo a los principios constitucionales.

Sobre este mismo aspecto, Pizzorruso<sup>44</sup> opina que el Tribunal Constitucional, ejerciendo el control de constitucionalidad puede considerarse como un "segundo canal" a través del cual, ciertos operadores, con formación distinta de los políticos profesionales pueden hacer valer directamente las exigencias que consideren dignas de mayor tutela y que a menudo, no son así plenamente concebidas por los políticos.

Tras esta referencia a las competencias del Tribunal Constitucional, es necesario referirnos al debate que ha producido la cuestión de su naturaleza y de las funciones que le son atribuidas.

La opinión más generalizada es que tanto el órgano como las funciones son de naturaleza jurisdiccional<sup>45</sup>, tesis que puede acogerse con alguna precisión como que no hay que encasillar al Tribunal en la estructura tradicional de división de poderes, que

la naturaleza jurisdiccional no significa negar el carácter "político" de la actividad del Tribunal, y tal politicidad no puede suponerse como pura y simplemente la participación en la formación de la orientación política aunque sea a nivel constitucional.

Como destaca García Cotarelo, C. Mortati habla de clara función política del Tribunal de Garantías Constitucionales, en la medida en que éste no sólo controla el desarrollo legislativo sino que también lo orienta en un sentido de "*indirizzio politico*" que, por lo tanto, comparte con el parlamento, lo cual le pone a la altura de este último. Esta función política, de extraordinaria importancia en la dinámica de los sistemas políticos democráticos y que ha sido recibida también en España se refiere a que, en su tarea de interpretación de la Constitución, el Tribunal suple jurisdiccionalmente aquellas lagunas del desarrollo legislativo (especialmente en materia de derechos y libertades), que haya ido dejando el parlamento, con lo que evidentemente, orienta la actividad de éste<sup>44</sup>.

Togliatti se mostró polémico respecto a esta función del Tribunal Constitucional, y similar postura mantuvo Nenni que resume así:

"En cuanto a la constitucionalidad de las leyes, sólo puede deliberar la Asamblea Nacional, no pudiendo aceptar el Parlamento más control que el del pueblo. El Tribunal que se proyecta, podrá estar formado por los hombres más ilustres, los más entendidos en derecho constitucional,

pero al no ser elegidos por el pueblo, no tienen derecho a juzgar los actos del Parlamento"<sup>47</sup>.

En esta actitud de Nenni y Togliatti pesaba la desconfianza que experimentaban ante la línea de actuación que pudiera tener el Tribunal Constitucional, ya que se habían producido algunas alteraciones constitucionales, la aplicación del texto era desigual y era conocido el carácter reaccionario de la magistratura italiana desde 1947. Asimismo influía la reciente experiencia americana entre Roosevelt y el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, y el conocimiento de que estos órganos suelen tener una línea de actuación conservadora.

En un aspecto, es difícil justificar el rechazo al control de constitucionalidad una vez aceptado el principio de Constitución rígida, pero como analiza Petta, el verdadero motivo de esta contradicción estaba en el carácter ampliamente programático que se quiso dar a la Constitución.

No es casual que Calamandrei, que se oponía a las normas programáticas, fuera el más decidido defensor en el seno de la izquierda, de la idea de un Tribunal Constitucional, y de su necesidad lógica y técnica<sup>48</sup>. Parece desprenderse que la izquierda intentaba salir del bache proponiendo una politización del sistema de formación del organismo. Todo ello nos indica que la presión politizadora estaba presente ya en los primeros momentos del Tribunal Constitucional, en su constitución, e incluso antes de que comenzase su actividad. Si no todas las fuerzas políticas alcanzaron el éxito en la proyección de sus

posiciones, las previsiones para intentarlo en un futuro eran generales. Una breve frase de Láconi refiriéndose a las funciones del Tribunal Constitucional es muy expresiva: "...no se puede dudar que estas funciones tengan algo más que un carácter puramente técnico, tienen fatalmente características políticas".

Como hemos ya dicho, el Tribunal Constitucional puede utilizar diversos procedimientos y técnicas previstas, -sentencias estimatorias, desestimatorias, aditivas, sustitutivas, manipulativas<sup>42</sup> que no es necesario analizar-, que le permiten una amplitud de posibilidades en su decisión y facilitan variaciones en su línea de actuación, lo que ha sido evidente en su jurisprudencia a lo largo de los años. Concretamente en dos materias ya citadas, sentencias relativas al principio de igualdad y jurisprudencia relativa a las regiones<sup>43</sup>, hay ejemplos de variaciones y oscilación en la manera de interpretar y aplicar la Constitución, que estudiaremos detenidamente en el epígrafe siguiente.

La comprobación práctica en la jurisprudencia constitucional italiana, en las sentencias manipulativas y en la interpretación judicial de que hay un gran espacio en el que los jueces pueden realizar elección o selección de criterios, nos sitúa ante el hecho evidente de la influencia de los factores políticos en el Poder Judicial, o sea, la politización de la justicia. Si en el estudio general previo, vimos que tal fenómeno era comprobable en numerosos aspectos, en este caso concreto, la magistratura italiana ha experimentado en incontables ocasiones presiones

diversas en su actividad, y aún recientemente, varios magistrados han perdido la vida por razón de su función.

En otro aspecto, el amplio espacio de actuación de los jueces, y la interpretación de las leyes que realizan, es el punto donde se articula la relación con la teoría del uso alternativo del derecho, que se considera instrumento valioso para llevar a cabo una transformación de la realidad, salvar las diferencias existentes entre ordenamientos y hechos concretos, y poner fin a la situación que se producía en la que el texto Constitucional veía frustrada su intencionalidad y capacidad transformadora por la inercia de las instituciones.

#### 4. REFERENCIA A LA TEORIA DEL USO ALTERNATIVO DEL DERECHO

Ya hemos visto que hay ocasiones en que la realidad política y social no se encuentra reflejada fielmente en el texto constitucional que le pretende normativizar. Se podría decir que, entre realidad y ordenamiento hay una tensión constante de ajuste, una tensión que trata de lograr una correspondencia entre ambas realidades, la concreta y la normativa, generalmente distanciadas de forma considerable. La teoría del uso alternativo del Derecho, aparece como un intento claro de conseguir esa aproximación entre los textos constitucionales y la realidad concreta que pretenden enmarcar.

No analizaremos aquí la teoría y doctrina del uso alternativo del Derecho que suponemos conocida, sino que vamos a considerar

cómo se vincula e inserta en la justificación de la diversa actividad jurisprudencial italiana.

La presión e influencia de la realidad italiana, la necesidad de profundos cambios sociales y económicos, la convicción de que la simple expresión normativizadora de los textos no es suficiente para resolver la tensión constante de ajuste entre realidad y ordenamiento tipifica el uso alternativo del derecho como instrumento de aproximación entre la realidad social y económica italiana y lo que promete, o incluye el texto constitucional. Procede de un amplio movimiento de juristas críticos que se sitúan en una nueva perspectiva superadora tanto de la mentalidad política del Derecho como del dogmatismo sectario que lo instrumentaliza en un sentido partidista<sup>51</sup>.

Y ha sido precisamente el artículo 3 de la Constitución el que ha fundamentado la teoría del uso alternativo del Derecho. Las circunstancias, ya comentadas en el epígrafe 1, en que la Constitución surge, la naturaleza del texto consensuado entre fuerzas políticas distintas, la falta de aplicación en un primer tiempo en que la izquierda estuvo marginada y el criterio reaccionario que favoreció cierto incumplimiento y violación del texto, justifica que el uso alternativo del derecho se considere como una solución. Se estima que hasta ese momento el ordenamiento se ha interpretado conforme a los intereses de la clase dominante, pero se supone que no es ésta la única aplicación del mismo; se pretende una sustitución de la interpretación "de derechas", por una interpretación "de



izquierdas", es decir cambiar la tendencia que se sigue en la interpretación el texto constitucional<sup>22</sup>.

Hay una coincidencia general en los autores al señalar que el artículo 3 establece una meta de futuro, a cuya consecución deben tender los poderes públicos, pero al mismo tiempo se advierte que tal artículo implica un rechazo del actual modelo de sociedad y se considera que es preciso alcanzar otro distinto<sup>23</sup>.

Esta es la idea central que en su expresión más radical suscita una corriente de opinión que defiende la utilización del uso alternativo del Derecho como instrumento de la lucha de clases, abandonando la idea de que el Derecho era un medio de acción y dominación de la clase burguesa.

Los juristas críticos<sup>24</sup> que integran esta corriente son partidarios de una utilización del Derecho con un signo social diametralmente opuesto al tradicional, y al que hasta el momento opinan ha inspirado la actuación de la justicia, y ello implica que se supere la pretendida neutralidad política del Derecho<sup>25</sup>.

Según los teóricos del uso alternativo del derecho, es un hecho conocido que dadas determinadas circunstancias, las fuerzas sociales retrógradas traten de desactivar y restar eficacia a determinados artículos programáticos de textos constitucionales como el italiano que se estiman avanzados o prometedores de cambios sociales preocupantes para una clase burguesa, pretendiendo compararlos con utópicas declaraciones de buenos deseos para evitar su operatividad y eficacia en los procesos de

cambio social, y en este sentido podríamos afirmar que en realidad el Derecho se ha venido usando alternativamente aunque en la mayoría de las ocasiones en sentido regresivo.

Es importante resaltar que el uso alternativo del Derecho comporta la quiebra de la seguridad jurídica tal como se viene entendiendo en el mundo occidental, ya que ésta se funda en que la interpretación y aplicación del Derecho, no es arbitraria, sino sigue una metodología científica. Para los críticos radicales esa forma de entender el Derecho es en la práctica una forma de dominación y de injusticia. Se desprende de todo ello la negación de un postulado básico en el Estado del Derecho, la apoliticidad, imparcialidad e independencia del juez<sup>56</sup>. Ya que los juristas defensores del uso alternativo del Derecho, opinan que la actividad del juez tiene un marcado matiz político y que adopta en definitiva opciones de clase, de ahí que se defienda que el juez progresista utilice el Derecho establecido, en este caso la Constitución, y partiendo de que responde a los intereses burgueses, con sus incoherencias y contradicciones internas, lo utilice en favor de la clase social oprimida.

Se deduce que el uso alternativo del Derecho implica como básico, el arbitrio judicial, y para los técnicos radicales supone una manifestación más de la lucha de clases. Es decir se trata de con el apoyo de intereses y fuerzas sociales comunistas, oponiéndose al poder de la burguesía, conseguir que jueces y juristas participen en la lucha política de clases. En resumen, como dice Ferrajoli<sup>57</sup>, el uso alternativo trata de poner en lo

posible el Derecho y los juristas al lado de los que no tienen poder.

Ejemplos concretos que la teoría del uso alternativo aporta a la lucha de clases, están en la legitimación de la huelga política por decisión de la Corte Costituzionale de 1974; la huelga es legal según esa decisión, no sólo contra el empresario para la consecución de las reformas laborales, sino para estimular una política de reformas y cambios en el ámbito del artículo 32, párrafo 2, de la Constitución<sup>22</sup>.

Concretamente P. Barcellona y G. Cotturri señalan que la meta de los teóricos italianos del uso alternativo del Derecho, es el reforzamiento del poder sindical y de la llamada autogestión. Se trata de acrecentar, -a través de la crítica y el desgaste de los aparatos de dominio del derecho burgués-, los poderes de autodeterminación de la clase trabajadora y de las masas populares, ya reconocidos "formalmente" por el apartado II del artículo 32 de la Constitución, y "realizados" parcialmente en las prácticas sindicales. Y expresamente afirman:

"...El terreno de lucha resulta ya claramente definido: es el departamento del Plan para la programación; el Parlamento para las innovaciones legislativas, los entes locales y las asambleas colectivas para las operaciones que examinan la posibilidad de gestiones nuevas"<sup>23</sup>.

La utilización amplia del Derecho vigente como instrumento de la lucha de clases en favor de lo que denomina liberación de la

clase oprimida ~requiere claro está~ una cierta cobertura constitucional, y es precisamente este artículo 3.2 el que ha sido invocado siempre como legitimador de esa propuesta de uso alternativo del Derecho.

En verdad se puede considerar que el art. 3.2 es un punto de ruptura del ordenamiento constitucional, y en él se articula, o al menos es posible, un cambio o transformación profunda de la sociedad, pero hay un hecho que es preciso tener en cuenta, y es que en Italia durante un período han coexistido residuos de una legislación fascista, con una Constitución democrática más avanzada por lo que los problemas de interpretación han sido numerosos dando lugar a enfrentamientos entre el Tribunal de Casación, dominado por la magistratura más conservadora y el Tribunal Constitucional que al menos en ciertos períodos, ha tendido a situarse en una perspectiva más democrática.

Todo ello ha producido una serie de tensiones y situaciones que han puesto en evidencia la neutralidad política de la judicatura y ha producido importantes efectos en el asociacionismo judicial italiano.

Un ejemplo puede ser, como señala P.A. Ibañez, la formación en 1964 del grupo de Magistratura Democrática, pues "frente al actual sistema que produce necesariamente una justicia de clase, Magistratura Democrática busca la reinserción de la actividad judicial en la soberanía popular, oponiéndose a lo que considera manipulación de la judicatura en sentido regresivo"<sup>40</sup>. Es decir, sobre la base del art. 3 de la Constitución, postula un uso

alternativo de Derecho, y el compromiso del juez con la sociedad civil, utilizando algunas fundamentales libertades republicanas en defensa de los valores de libertad e igualdad proclamados por la Constitución. Una acción dirigida, en suma, a promover un proceso de reapropiación de las temáticas jurídicas e institucionales por parte de las masas, marcando el comienzo de un proceso de superación de la tradicional separación entre pueblo y poder estatal.

Y todo ello surge en relación con la cuestión clave de cuál es la función política cumplida por los jueces en una democracia pluralista, especialmente a la vista de la inadecuación o parcial adecuación que la práctica judicial italiana lleva a cabo de los principios y valores incorporados por la Constitución, y la diferente tutela efectiva de los intereses de clase, según fueran, como se refiere Martínez Sospedra, dominante o dominada<sup>61</sup>.

En nuestra opinión y desde el esquema que seguimos al estudiar la operatividad que ha tenido la Constitución italiana en la realización de la transformación que demandaba el país tras la Segunda Guerra Mundial, -lo que los autores<sup>62</sup> han denominado "revolución prometida", o bien "revolución hurtada"-, el uso alternativo del derecho ha supuesto un intento de superar el estancamiento y en cierta forma incumplimiento del espíritu de la Constitución según el movimiento crítico de juristas, tratando de superar la orientación reaccionaria que en un determinado período claramente presidió la actuación de la Magistratura. Se trata de

salvar la distancia importante entre las esperanzas que hizo concebir en algunos el texto, y los resultados que se obtuvieron.

Pero aun admitiendo el desfase entre lo que se creyó el texto iba a lograr y los efectos obtenidos hay que señalar que la redacción la Constitución italiana se sitúa en la vanguardia de la corriente política actual que trata de consagrar los derechos constitucionales de tal modo que pasen a ser efectivos para una gran mayoría. Se trata de hacer y consolidar una síntesis de las libertades alcanzadas por la burguesía revolucionaria en el siglo XIX y las libertades sociales conquistadas por las masas populares en el siglo XX y es significativo, que a diferencia de las Constituciones burguesas tradicionales, el texto italiano precise que "son obstáculos de orden económico", los que limitan de hecho la igualdad de los ciudadanos<sup>22</sup>.

Tratando de sintetizar esta breve exposición de lo que representa el movimiento que propugna el uso alternativo de Derecho, podemos afirmar en nuestra opinión que se trata de un instrumento más, como vimos ya otros en la parte general de la tesis, destinado a conseguir la máxima operatividad del texto y su mayor eficacia, pero promovido especialmente por un sector social, juristas críticos de izquierda, que consideraban un fraude y una manipulación el desarrollo constitucional que hasta el momento venía llevando a cabo la Judicatura burguesa.

Se pretende que el mismo ordenamiento, la misma Constitución, tenga una aplicación diferente; que los jueces tengan una actuación progresista a fin de que la "revolución prometida", sea

una realidad, y que el Poder Judicial sea eficaz en la tarea de "remover obstáculos", en lugar de contribuir a consolidar viejas e injustas estructuras sociales.

Ahora bien, los efectos que tal movimiento produjo no se pueden considerar radicales, definitivos o decisivos en la transformación de la sociedad italiana. Pues ha habido determinadas áreas sociales y económicas en que la modificación de las condiciones reales de vida no han experimentado el grado de renovación que cabía esperar, basta ver el problema y realización de la reforma agraria, lo anacrónico de algunas leyes y su aplicación, y las orientaciones contradictorias o caóticas de ciertas medidas legislativas o planificadoras. Pero estos aspectos concretos y esencialmente económicos de cómo la Constitución se ha proyectado sobre la sociedad, vamos a comentarlos en los siguientes epígrafes.

## 5. LA CONSTITUCION ECONOMICA

La inclusión de derechos sociales y económicos en el texto italiano de 1947 fue uno de los principales temas de estudio de Calamandrei desde los primeros momentos constituyentes. Su preocupación fue especialmente su naturaleza y su eficacia. Para este autor, el problema de que se incluyan derechos sociales como el derecho al trabajo o enseñanza gratuita hasta la universidad, lo que plantea al Estado son misiones a realizar que no se resuelven por la abstención o la inercia. "El verdadero problema, dice Calamandrei, no es el de incluir en la Constitución la

enunciación de estos derechos, sino disponer de medios prácticos para satisfacerlos y para evitar que permanezcan como una fórmula vacía escrita en el papel, pero no traducible a la realidad"<sup>44</sup>.

Como vemos, el jurista italiano enfoca el problema con un criterio muy realista y que centra el tema en que la ejercibilidad de estos derechos es una cuestión financiera antes que una cuestión política.

Lo que constituía el máximo interés de Calamandrei era no involucrar a la Constitución en el descrédito de las leyes heredadas del fascismo. Por ello es partidario de que en el texto no se inserten definiciones y proclamaciones ideales sino sólo normas jurídicas que tengan eficacia práctica...

Pero el texto que se promulgó, con numerosas normas programáticas, no era exactamente una regulación concreta y precisa en lo referente a derechos sociales. En su opinión, la Asamblea Constituyente, "incapaz de abrir paso a una revolución social todavía por llegar, se había limitado a consagrar en una serie de normas programáticas esta promesa de transformación social"<sup>45</sup>.

Evidentemente el problema de la eficacia de los derechos sociales y económicos italianos representa la misma dimensión que analizamos en el apartado general 2 en el Capítulo VI. Es decir, el deber de actuación por el Estado y asimismo la necesidad de medios disponibles. El ejemplo más transparente es el tema de



derecho al trabajo que analizamos en el epigrafe siguiente, como representativo de los derechos sociales.

A continuación nos referiremos a la parte de la Constitución económica que regula los instrumentos de gestión que el Estado puede utilizar así como el marco de la actividad individual.

Conviene resaltar a este respecto que la República italiana se concibe como "Estado social", no como Estado liberal ni tampoco como un Estado socialista. Se ha producido, como en otras ocasiones, una situación de compromiso ante las diferentes tendencias presentes en los constituyentes, es decir, liberal, marxista y cristiana.

Palmiro Togliatti, se expresa sobre el carácter no negativo de este compromiso y de su consiguiente idoneidad para promover "la Constitución de todos los trabajadores italianos y por lo tanto de toda la nación"<sup>44</sup>, aunque como en toda situación de compromiso, la Constitución integra elementos originariamente dotados de signos diferentes y adaptados a fin de hacerlos compatibles entre sí; pues configura unos instrumentos que confía al Estado para la realización de los objetivos citados anteriormente y que el artículo 3.2 recoge: Por ejemplo, la programación económica y controles públicos sobre las empresas, (art. 41.3), la nacionalización o colectivización de empresas, limitadas sin embargo a cierto tipo de ellas y con determinadas condiciones (art. 43), la reforma agraria (art. 44), y el empleo del instrumento fiscal inspirado en criterios de progresividad (art. 53).

Se trata de instrumentos que, explícitamente, puede usar el Estado junto con otros que existen implícitamente; lo cual le permite intervenir, partiendo de la idea general de la primacía de la política sobre la economía en cualquier dirección, ya en sentido neocapitalista, ya según otra tendencia.

Concretamente Amato y Merlini<sup>47</sup>, en un estudio sobre los últimos treinta años, refiriéndose a la Constitución económica señalan que ha habido falta de coherencia y de línea de continuidad en el área económica, y que existen ejemplos de ello de todo tipo y de diversas orientaciones. El primer autor citado opina que, el uso de los variados instrumentos y la falta de firme voluntad política, ha configurado un gobierno "de componendas", que ha distribuido ventajas a diestro y siniestro en tanto que la coyuntura económica se presentaba favorable en términos de disponibilidad de mano de obra barata, sin preocuparse verdaderamente por esa reforma de las relaciones sociales propuesta en el artículo 3.2, y que habría debido llevar a una gradual eliminación de las injusticias sociales procedentes de las explotaciones del pasado, permitiendo así la evolución hacia un régimen económico en el que los trabajadores no habrían ya de temer las crisis coyunturales, ni tampoco depender del éxito profesional de los empresarios<sup>48</sup>.

Consideremos brevemente los diferentes procedimientos por los que el Estado interviene en la economía y que se hallan previstos en la Constitución. En cuanto a la propiedad privada ha habido interesantes debates sobre su configuración jurídica. Mientras que en el Estatuto Albertino, regulada en el artículo 29, era el

eje fundamental de la estructura de la sociedad, en la Constitución italiana de 1947 ya no es así, pero continúa gozando de una protección importante, pues se asegura la indemnización en los casos en que se produce expropiación por interés general.

Concretamente, el artículo 42.3 regula la expropiación por motivos de utilidad pública de bienes concretos, medida afectada sólo por una reserva relativa de ley, y cuyo beneficiario puede ser cualquier sujeto, incluso un particular, siempre que se den los motivos de "interés general" para proceder a la misma. (Art. 3 de la ley de 25 de Julio de 1865, nº 2959). Hay que señalar que para determinar la indemnización, recientes leyes tienden a calcular a partir de criterios no estrictamente comerciales, ignorando por ejemplo la compensación de los incrementos de valor derivados de las rentas agrarias.

A la vista de la evolución de la función del derecho de propiedad en la sociedad moderna, ha quedado planteada una intensa polémica, tanto en el terreno parlamentario como en el jurisprudencial y en el doctrinal, entre los que han pretendido extender dicha protección a aquellas facultades que se presentan como componentes particulares del derecho de propiedad, como puede ser la posibilidad de construir en terreno edificable, y aquellos otros que por el contrario, atribuyen al legislador la tarea de "conformar", mediante las normas correspondientes, el derecho de propiedad, determinando su contenido exacto<sup>69</sup>.

Otra faceta importante de actuación estatal en la economía viene regulada por el artículo 43, que permite "reservar

originariamente o transferir mediante la expropiación con la debida indemnización, al Estado, a otros entes públicos o a comunidades de empresas". Esta disposición ha tenido su aplicación más relevante con ocasión de la nacionalización de las empresas eléctricas y la consiguiente constitución del Ente (Ley de 6 de diciembre de 1962, nº 1964), pero abarca cualquier otro tipo de socialización.

El carácter excepcional de esta forma de intervención permite contraponer la Constitución económica operante en Italia, a la hasta ahora propia de los países socialistas, cuya ordenación se caracteriza, precisamente, por la transferencia al Estado de la generalidad o de una parte preponderante de los medios de producción. Con todo, las condiciones establecidas en el artículo 43 son tan elásticas que permiten su eficaz utilización para la consecución de los fines enunciados en el art. 3.2. Pero la previsión del artículo 43 afecta sólo a nacionalización, regionalización o municipalización de las empresas, y el régimen jurídico de estos casos es diferente del de la expropiación por motivos de utilidad pública, que se regula en el art. 42.3.

También está prevista la actuación estatal en el área agraria. En el pasado, la reforma agraria además de ser un problema económico, tuvo gran repercusión política. Iniciada por ciertas medidas del ministro comunista Gullo en tiempos del tripartidismo, y seguida después por el demócrata cristiano Segni, tras el cambio de mayoría ocurrido en 1947, se continuó la reforma agraria con nueva decisión en 1950, mediante un plan muy estudiado por su extensión y métodos. La expropiación de

latifundios, y la creación de centros de gestión, cooperativas, nuevos pueblos y viviendas rurales contribuyeron a hacer más productivo el trabajo agrícola<sup>70</sup>.

La reforma agraria comienza cuando el gobierno en 1950 decide distribuir 40.000 hectáreas en Calabria, y en ese mismo año por diferentes leyes se añaden nuevas extensiones de tierra. En total los terrenos expropiados se repartieron entre siete regiones, de las cuales cinco en la Italia meridional, una de doscientas cincuenta mil hectáreas al norte de Roma, y otra en el delta del Pó. Los gastos para el desarrollo del Mezzogiorno debían ser financiados por una *Caja para el Mezzogiorno*, que recibió durante doce años fondos de diversa procedencia, incluidos los provenientes del E.R.P. (Ayuda Marshal). Se crearon asimismo tres institutos de crédito industrial<sup>71</sup>.

Ahora bien, si la realización de la justicia distributiva que había inspirado entre otros factores la reforma, produjo muchos descontentos entre los expropiados latifundistas, también lo hizo entre los beneficiarios de la nueva medida, y concretamente en Sicilia o Poullies en las elecciones municipales de 1951-52 votaron al Frente Popular, retirando su apoyo a Democracia Cristiana que había propugnado la reforma, ante la sensación de fracaso por la mala explotación de las tierras distribuidas.

La gestión de "Cassa pero el Mezzogiorno"<sup>72</sup> no significó el desarrollo del sur; durante cinco años (1950-55) la Cassa estableció infraestructuras en favor de la agricultura; sólo más

tarde se iniciaron los cambios que suponían la nueva política de intentar industrializar esa región<sup>73</sup> ya en el decenio de 1960.

La legislación que inició la reforma agraria (Leyes de 12 de Mayo de 1950, nº 250, de 21 de Octubre de 1950, nº 841, y las sucesivas regulaciones) está amparada en el art. 44 de la Constitución referido a formas de intervención del Estado en la empresa agraria. Es innegable que a consecuencia de esta legislación, de esta regulación constitucional que hizo posible la reforma agraria, se ha producido una transformación en la realidad social y económica italiana; las modificaciones estructurales en el Mezzogiorno, los movimientos de población, el mejoramiento del nivel económico, la formación de la pequeña sociedad campesina, son solamente unos ejemplos<sup>74</sup>.

Es cierto que no se obtuvieron los máximos resultados deseables, y el alto índice de emigración es una prueba de ello. Podríamos considerar que la industrialización del norte, la falta de eficacia en la realización de la reforma agraria, y la estructura social de esa parte del país, favorecieron la emigración resaltando así su importancia como causa y efecto del parcial éxito de la reforma agraria. Lo que resulta evidente en este problema es que la conexión entre Constitución y realidad es operativa, pues amparada por el texto la reforma agraria indujo transformaciones en la economía rural, otro aspecto es que fueran definitivas, acertadas, y según los planes previstos. Pues si bien este proceso requirió esfuerzos y numerosos contenciosos, actualmente, tras los años transcurridos, la evolución económica, el abandono del campo, las nuevas orientaciones político-

económicas y la intensa industrialización han modificado sustancialmente la situación, y se han superado planteamientos y directrices recientes.

En el presente la legislación agraria se centra más en la concentración y modernización de empresas agrícolas, y en la adecuación del régimen de los contratos agrarios a los principios constitucionales de protección del trabajo y de igualdad.

Otra forma de intervención pública en la economía inscrita en la Constitución es la programación económica, que ya por sí, constituye método de trabajo elemental en toda acción económica. El artículo 41.3 se refiere a planes económicos, pero el problema estriba en delimitar cómo ha de ser su desarrollo, en qué área o sectores se ha de localizar, y cuál ha de ser la participación de los sujetos públicos o privados<sup>7a</sup>. En Italia ya había tradición de planificación económica anterior al texto que estamos estudiando. Las programaciones previstas por motivos bélicos, y la legislación fascista inspirada en criterios corporativos son los antecedentes más próximos. En los años de gobierno de centro-izquierda se llegó, siguiendo pautas proporcionadas por el "esquema Vanoni" de 1954, y por algunos otros planes sectoriales como los vinculados a la "Caja para el Mezzogiorno" o al "Plan de reconstrucción de Cerdeña", a dotar al Estado de un complejo de órganos de actuación económica especializados. El más destacado fue el Comité interministerial para la programación económica (ley de 27 de Febrero de 1967, nº 48), e integrados en el Ministerio para los presupuestos y la programación económica<sup>7a</sup>.

A partir de esa fecha la precedente orientación favorable a la planificación empezó a ser frenada y obstaculizada por factores políticos especialmente. Se produjo el abandono de dos proyectos de ley, el 12, "sobre el procedimiento para la programación", que iba a integrar toda la regulación legislativa sobre la planificación y el 22, el proyecto relativo al segundo plan económico nacional. De todo ello se concluye que fracasó el intento de introducir en Italia un sistema de planificación, pero los órganos creados siguieron funcionando, y se continuó proclamando la necesidad de una programación a todos los niveles<sup>77</sup>.

Como consecuencia de ello, la carencia de programación económica pública amplía el espacio libre para la actividad privada, que si bien está amparada por el art. 41, puede colidir con el sistema constitucional en cuanto que invade la esfera de decisiones que corresponde a los órganos constitucionales del Estado y de las provincias, en virtud del primado de la política sobre la economía, que ya dijimos se postula expresamente. Por ejemplo, el artículo 47.1 de la Constitución dispone que el Estado tendrá un régimen especial de protección para la propiedad de la vivienda. Los instrumentos de intervención económica del Estado hasta ahora comentados, se refieren a la actividad productora de renta para orientarla hacia fines sociales, así como que todos los individuos participen en la actividad económica realizando el derecho y deber de trabajar. Pero el art. 53 regula el instrumento fiscal que actúa una vez producida la renta, ... ("todos están obligados a sostener las cargas públicas en razón de su capacidad económica contributiva"<sup>78</sup>), el cual se



emplea como medio para incentivar o desincentivar determinadas actividades económicas y como instrumento para la redistribución de la renta a través de la devolución al Estado de determinados porcentajes de renta privada.

No se puede dejar de mencionar como justificación de cierta diversidad de actuaciones, o falta de eficacia respecto a problemas económicos locales o regionales, el pertenecer al Mercado Común, que implica que factores o motivos internacionales económicos primen sobre intereses locales o nacionales. Por citar un ejemplo señalemos cómo el desarrollo de la PAC<sup>78</sup>, con su sistema de primas y subvenciones ha tenido un impacto decisivo en la agricultura italiana. Como resultado de esta política, miles de pequeñas granjas han desaparecido, mientras que las grandes explotaciones han aumentado su tamaño. Si en los años cincuenta la reforma agraria había distribuido 700.000 hectáreas, expropiándolas a sus dueños, cerca de veinte años más tarde se han vuelto a establecer grandes propiedades, agrícolas y ganaderas, explotadas ahora de forma industrial, lo que pone de relieve los cambios de directrices y la incompleta realización de planes y reformas que hemos comentado.

Resulta evidente que la transformación de la realidad económica y social mediante este tipo de intervención económico estatal es un hecho, aunque los criterios seguidos no sean exclusivamente nacionales<sup>79</sup>. En estrecha relación con este tema, está el art. 47.1 que señala que la República "regula, coordina y contrata el ejercicio del crédito". Efectos análogos a los comentados, se desprenden del uso estatal de la política de los

créditos, que incentivan o impulsan la actividad económica en determinado sector, favoreciendo las tendencias inflacionistas o deflacionistas del momento como instrumento estatal de interpretación económica, transformador de la realidad y altamente politizado.

A continuación vamos a referirnos al derecho de trabajo expresamente recogido en la Constitución italiana, y que representa un derecho social fundamental por la proyección básica que tiene sobre el individuo como medio de subsistencia y propia realización. En su análisis, mejor que en el de cualquier otro derecho social, se hace evidente la distancia que a veces existe entre lo que un artículo expresa, y la eficacia que posee en la realidad.

#### 5.1.- SOBRE EL DERECHO AL TRABAJO

Entre los derechos económicos, destaca en importancia el derecho al trabajo. En la Constitución italiana, lo recoge explícitamente el art. 4.1, y en opinión de Biscaretti, su contenido es una afirmación esencialmente programática<sup>21</sup>. Como hemos visto en el Tema II, (1), este problema va intensamente relacionado con el de la eficacia, ya a nivel general, ya en el caso concreto del ordenamiento italiano.

El artículo 4.1 dice así:

"La República reconoce a todos los individuos el derecho al trabajo y promueve las condiciones que hacen efectivo este derecho". En el párrafo 2º establece el deber del trabajo, y hay que integrar este contenido con el del párrafo 1º del artículo 1 de la Constitución, que dice: «Italia es una República democrática fundada sobre el trabajo»".

La faceta intervencionista del Estado aparece cuando se precisa que puede "promover las condiciones que hagan efectivo el derecho al trabajo interviniendo en la iniciativa privada", o, según dice el artículo 43 ya citado, recurriendo a las transferencias "al Estado, o a entes públicos, o a comunidades de trabajadores, o a usuarios, de determinadas empresas o categorías de empresas".

Nos vamos a referir en primer lugar a cómo el derecho del trabajo en sus diversos aspectos está regulado en el texto.

Mortati y Mancini, se refieren al derecho al trabajo y a cómo se proyecta sobre cualquier forma de actividad económica<sup>22</sup>, teniendo en cuenta que, el trabajo se sitúa como el fundamento mismo de la República (art. 1.1); es derecho y deber de todos los ciudadanos (art. 4); y es actividad objeto de especial tutela (art. 35).

Como dice Pizzorusso, aunque con el carácter sólo de una directriz general, el principio de la garantía del trabajo posee indudablemente el alcance de establecer la obligación de todos

los órganos del Estado y de los demás entes públicos con vistas a la prosecución de una política orientada al pleno empleo, combatiendo la desocupación y favoreciendo la conservación de los puestos de trabajo<sup>22</sup>. Esta afirmación se refuerza con jurisprudencia constitucional, como la Sentencia 102/84. De tal Sentencia se deriva, el que habrán de considerarse inconstitucionales e ilegítimas las disposiciones legislativas y los actos administrativos que impidan la consecución de dichos objetivos.

Se puede afirmar que se le reconoce sin duda, un tipo de eficacia indirecta, orientada, o de tipo negativo, al ser motivo de inconstitucionalidad de toda actividad legislativa o administrativa que ignore tal derecho constitucional. Pero es un tipo "menor" de eficacia, frente a la de otros derechos igualmente insertos en el texto constitucional, y que son plenamente exigibles.

Respecto a la protección de que es objeto la actividad laboral, en el art. 41.1 se ampara la iniciativa económica privada, es decir, la labor del empresario que generalmente organiza la empresa y ejerce la consiguiente actividad encaminada a la producción o cambio de bienes o servicios (artículos 2082 y 2555 del Código Civil). Aunque esta previsión constitucional no concierne sólo a la empresa privada ni sólo tampoco -entre las empresas privadas- a las individuales, cooperativas o societarias con responsabilidad personal de los socios, sí parece evidente la diferencia que media entre estas últimas hipótesis y todos los demás casos. Pero hay que observar que en el primer caso lo que

se tutela es la actividad del empresario en tanto que derecho individual, relacionado con derechos individuales, mientras que en el segundo supuesto, lo que se protege es la empresa como formación social.

Respecto a las disposiciones constitucionales que protegen el trabajo subordinado debe empezarse por citar la fundamental, según la cual, se garantiza al trabajador una "redistribución proporcionada a la cantidad y calidad de su trabajo y en todo caso suficiente para asegurarle a él y su familia una existencia libre y digna" (art. 36). Pero hay que destacar que el salario familiar no se identifica con el salario legal impuesto por la ley en otros países.

El trabajo en todas las variantes, menores, mujeres, etc. se encuentra regulado por otros artículos, como el 36, 37 y 38. La libertad de asociación sindical está regulada en el art. 39, así como el derecho de huelga, ya que el art. 40 lo prevé y reenvía a leyes de desarrollo que no se han llegado a adoptar. Se suple esta laguna con los precedentes jurisprudenciales establecidos por la jurisdicción ordinaria y la constitucional, que realiza una importante función normativa.

Ahora bien, veamos en líneas generales cómo la regulación del derecho al trabajo ha tenido incidencia, conexión y aplicación en la realidad social, o bien ha sido letra muerta en algunos periodos. Durante los años 1950-1963 el crecimiento y desarrollo de Italia fue tan rápido como nunca había sido antes. Particularmente el período entre los años 1958-63, fue conocido

como el "milagro económico". Se pueden considerar los años 1950 a 1957 como de preparación para la expansión económica, y de 1957 a 1963 como el período de más rápido crecimiento económico<sup>24</sup>.

En los años 1950 los salarios eran muy bajos y asimismo lo era el desempleo, había gran población dedicada a trabajos poco productivos agrícolas y los movimientos sindicales tenían escasa fuerza. En 1950, como ya hemos comentado, se inicia la reforma agraria, y la situación va experimentando cambios. El desempleo que en 1950 era del 7.8 por ciento, había decrecido en 1960 sólo al 7.3 por ciento, mientras la media de desempleo en el resto de Europa sólo fue el 1.9 por ciento, y esto a pesar de la emigración de 1,7 millones de italianos.

La intervención del Estado en el cambio radical económico, en el milagro económico, no siguió un plan como el modelo francés de plan indicativo. El Estado intervino masivamente, y la intervención se consideró como un instrumento social de control, como modo de prevenir el crecimiento del Partido Comunista, como una forma de asegurar la base electoral de la Democracia Cristiana y como un sistema de proveer a las empresas privadas de condiciones favorables para su crecimiento.

Incluso en los primeros años del decenio de los cincuenta se reconocía que la evolución espontánea del sistema italiano no podría resolver el dualismo entre el Norte y el Sur. En este contexto, el ala izquierda de Democracia Cristiana preparó en 1954 el Plan Vanoni, que establecía tres objetivos generales en los primeros diez años<sup>25</sup>:

- 19) La creación de 4 millones de nuevos puestos de trabajo en el sector no agrícola.
- 29) Disminución o desaparición de la diferencia de ingresos entre el Norte y el Sur.
- 39) Equilibrio de la balanza de pagos.

El éxito de los objetivos fue sólo relativo. Se crearon 2,6 millones de puestos de trabajo y la balanza de pagos se estabilizó después de 1953.

Al menos hasta 1960 hubo una débil oposición al gobierno en el frente del trabajo. La izquierda excluida del poder y dividida cada vez más podía hacer muy poco. Los sindicatos estaban también divididos y tenían que enfrentarse al crecimiento de influjo del trabajo campesino no sindicado y del nivel de empleo, lo que constituían obstáculos para un dinámico y activo movimiento sindical. En el sector privado el gran "boom" económico, el crecimiento incomparable estuvo a cargo de firmas como Olivetti, Edison, Pirelli, Montecatini y, especialmente Fiat<sup>7</sup>. Se ha sugerido que una de las causas del fin del milagro económico es que Italia había conseguido la situación de pleno empleo. Todavía en 1963 existía 2.5 por ciento de desempleo; si comparamos el desarrollo de Italia con el de Alemania Occidental tenía todavía un nivel de paro relativamente alto. Pero en todas estas circunstancias económicas y en el incremento de los salarios, la razón no fue sólo el pleno empleo en sí, sino debido a que por emigración, de Italia se marchó gran número de fuerza productiva, y por otro lado trabajadores no especializados, mano de obra sin cualificar procedentes del Sur, accedían a nuevos sectores

productivos. La emigración, a la que nos hemos referido al tratar de la reforma agraria, es una prueba contundente de cómo ésta, cambios estructurales y nuevas directrices económicas, fueron inoperantes durante un largo período para garantizar un puesto de trabajo a grandes sectores de la población, que presionados por la realidad abandonaban su país, sin experimentar en modo alguno el derecho al trabajo que reconoce la Constitución.

Pero veamos cómo evoluciona el problema laboral italiano a partir de la formación de la Comunidad Europea. En 1962 y 1963 tuvieron lugar importantes huelgas y existían importantes deficiencias económicas: constante emigración, falta de materias primas, de fuentes de energía, baja productividad en agricultura y pobre tecnología. Y los problemas económicos parecieron aumentar. En 1969, se produce el "otoño caliente", y hubo más de 302 millones de horas en huelga, y 146 más en el año siguiente. La situación económica empeoró rápidamente y la inflación que en los años 60 estaba en línea con el resto de la OECD, después de 1973-74, había duplicado los índices de esos países<sup>22</sup>.

La dureza del movimiento sindical obligó al gobierno a presentar un nuevo proyecto de Ley en 1970, el Estatuto de los Trabajadores. La presión de los movimientos sociales una vez más nos muestra la conexión de los hechos concretos y los ordenamientos. Este Estatuto fortaleció la posición negociadora de los trabajadores e hizo ilegales una serie de prácticas anti sindicales que venían siendo ordinarias. En 1973 y 1976, la economía en el Sur y el Norte tiene similares rasgos: decrece el empleo en la agricultura, en la construcción, en trabajos



publicos: se incrementa el empleo en el sector terciario y el nivel de desempleo se mantiene estable. La crisis energética, la devaluación del dólar, y la inflación generalizada, eran los factores dominantes durante estos años<sup>22</sup>.

Pero el alto índice de desempleo que a mediados del decenio de los setenta existe en Italia, tiene algunas causas extranacionales. No sólo habían desaparecido los bajos salarios que habían permitido al sistema económico ser competitivo, sino que había llegado a ser interdependiente con el sistema económico internacional. La competencia con el mercado del tercer mundo con bajos costes y salarios agrava el problema, y la crisis económica general hace que surjan condiciones de trabajo que recuerdan el nivel de 1950, así como la economía sumergida o el "doppio lavoro"<sup>23</sup>.

Sin prolongar más la referencia a cómo se concreta el derecho al trabajo en la obtención de un puesto de trabajo, hemos comprobado que si en diferentes momentos se alcanzó el pleno empleo, en la actualidad los problemas del alto índice de desempleo, la economía sumergida, la dificultad de competir con mercados del tercer mundo, la presión de los movimientos sindicales y la dependencia del sistema económico internacional justifican que decisiones políticas primen sobre las económicas y hacen evidente que hay un reconocimiento por parte del Estado de la eficacia "menor" de la declaración del derecho al trabajo en comparación con otros derechos.

El hecho de que durante tantos años la emigración haya sido el único recurso para la población, incapaz de hacer valer su derecho al trabajo en su país, e impotente para demandar de los poderes públicos un empleo, demuestra cuán débil es la eficacia de este derecho en su proyección concreta sobre individuos. Evidentemente el contenido del art. 4.1 en su expresión "...la República promueve las condiciones que hacen efectivo este derecho", aparece, al menos durante un período considerable de la vida del texto constitucional como vacío y sin fuerza. La República, los poderes públicos no sólo no han podido proporcionar puestos de trabajo sino que tampoco parece que hayan promovido las condiciones requeridas para su efectividad.

Se trata pues de un ejemplo claro de cómo la realidad italiana no responde al contenido del ordenamiento de forma plena y cómo existe un desajuste entre la pretensión o declaración constitucional y su alcance concreto. No se puede decir que haya sido este desajuste total, radical y homogéneo en los cuarenta años del texto constitucional, sino que depende, como hemos comentado, de numerosos parámetros y es una relación entre el texto y su efectividad siempre en tensión y en vías de realización y un mayor perfeccionamiento.

Y en esta línea hay que juzgar las acciones estatales dirigidas a que el derecho al trabajo tenga un grado mayor de eficacia. Por ejemplo, el mismo texto incluye que el Estado ha asumido directamente mediante sus oficinas correspondientes y los órganos adecuados, la colocación de la mano de obra, al tiempo

que se reconoce la realidad de los desempleados, estableciendo que el Estado debe subsidiarlos.

Veámos a continuación cómo se proyecta en la realidad, en la sociedad italiana, el principio de igualdad que la Constitución declara de forma destacada.

## 6. EL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD EN LA CONSTITUCION ITALIANA

El art. 3 plantea el principio de igualdad con una plenitud de contenido muy superior a aquella que le era propia, por ejemplo, en la precedente formulación estatutaria, (donde el art. 24, párrafo primero, establecía sólo que, "todos los habitantes del reino, cualquiera que sea su título o grado, son iguales ante la ley"). Pues si en su primer párrafo, ("Todos los ciudadanos tienen idéntica dignidad social, y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, de religión, de opiniones políticas, de condiciones personales y sociales") se recalcan aun los esquemas de igualdad puramente formal entre ciudadanos en el segundo párrafo incluye una idea muy determinada de igualdad sustancial<sup>21</sup>.

En el primer párrafo, se afirma la igualdad de dignidad social, (que en el terreno práctico ha llevado al desconocimiento jurídico de los títulos nobiliarios en la disposición final XV, ya que son diferencias que no derivan de méritos personales), al tiempo que como igualdad formal implica:

- 1) Igual sujeción a las leyes y a la justicia del Estado con ligeras excepciones de jurisdicciones especiales.
- 2) Igual goce de derechos públicos y privados, cuando se den los requisitos necesarios de capacidad, (como dice el art. 51, "para todos los ciudadanos de uno y otro sexo...", "a los cargos públicos y a los electivos en condiciones de igualdad, según los requisitos establecidos por la ley", en armonía con el art. 51 de la Constitución).
- 3) Igual sujeción a los deberes públicos y prestaciones personales y reales.

Pero es el principio de igualdad sustancial que se concibe en el segundo apartado del artículo 3 el que difiere del contenido de las Constituciones liberales. Se le ha calificado a este principio como la "supernorma" del texto constitucional en su conjunto, es ciertamente el más pleno de significados políticos de entre todos los que la Constitución propone a los italianos<sup>22</sup>.

En contra de lo que se consideró por una parte de la doctrina, este precepto establece que es tarea de la "República", es decir, de toda la comunidad nacional en todos sus órganos, ya sean del Estado o de otros entes públicos, ya ejerzan funciones legislativas, administrativas o jurisdiccionales, remover "obstáculos de orden social y económico" que limitan "de hecho" la libertad e igualdad de los ciudadanos.

Como dice Pizzorusso, "...No se trata de una actividad encaminada a la consecución del igualitarismo más radical, aunque sí comporta, sin duda alguna, la realización en el Estado del

máximo posible de justicia social entendida en el doble sentido de garantía para todos de un "standard" mínimo de condiciones de vida en el plano moral y material, así como la erradicación de formas de parasitismo que resultan de la acumulación de capital carente de provecho social"<sup>23</sup>.

Como se reconoce en estas palabras, no se supone una igualdad de tabla rasa para todos, sino que se está refiriendo a algo más limitado y ambiguo. Es preciso preguntarse pues, qué se ha logrado en este campo en el desarrollo de la Constitución durante estos cuarenta años. Es decir, si mediante la reforma agraria, los planes económicos citados en el epígrafe anterior y la actividad intervencionista estatal, se ha alcanzado la equiparación del nivel de vida del Norte y del Sur, la igualdad de oportunidades y la potenciación económica.

En nuestra opinión, la igualdad sustancial entre áreas rurales y agrarias, y las industrializadas del Norte no es plena, y aún está por conseguir en gran parte. Es evidente que la realidad puede ser transformada aplicando ordenamientos jurídicos, pero no lo es ilimitadamente; a partir de un cierto nivel de modificaciones, la realidad presenta resistencia y en cierta forma vacía de contenido y eficacia a los ordenamientos.

Analicemos a continuación el desarrollo del proceso de consecución de la igualdad que ha tenido lugar en Italia, y las razones o motivos que justifican los resultados. En primer lugar es importante tener presente la naturaleza de esta norma italiana que como numerosos autores han entendido al igual que Lucas

Verdú<sup>74</sup>, tiene carácter programático aunque no en el sentido de que esté desprovista de carácter jurídico, sino entendiéndola como reenvío al legislador y a la administración italiana, para que se adopten las medidas adecuadas para conseguir las metas contempladas en el citado precepto. Por otra parte, no cabe la adopción de medidas arbitrarias que choquen con los principios básicos contenidos en el art. 3, pues tales medidas serían ilegítimas. En términos generales, el programa señalado por este artículo depende de la orientación política adoptada por el gobierno, en consecuencia con esas direcciones, y, sobre todo, depende de la efectiva y concreta realización de esa orientación política.

En el epígrafe anterior hemos revisado cómo todo el texto constitucional ha tenido un desarrollo desigual dependiendo de factores políticos, de cambios de gobierno y según las tendencias progresistas o reaccionarias del momento. Evidentemente, estos datos influyen en la realización del mandato de igualdad.

También autores como Balladore y G.V. Rescigno identifican este artículo como disposición meramente programática<sup>75</sup>, pero Pizzorusso señala que el artículo 3.2 contiene una fundamental indicación finalista que permite concretar aquella orientación de la función legislativa hacia fines sociales que, como vimos, constituyen el resultado de la interpretación del principio de la igualdad ante la ley como canon general de racionalidad<sup>76</sup>.

En nuestra opinión, se han producido numerosas normas de ejecución, para conseguir la realización de este principio y que

sea semejante el punto de partida de todos los ciudadanos. Y además se puede considerar que el garantizar a todos un mínimo que cubra las necesidades vitales, aun en el infortunio, mediante un sistema de seguridad social muy distante del tipo benéfico anterior, es una idea motriz y generadora de normas, así como también lo es la idea de que las fuertes diferencias sociales dificultan el buen funcionamiento democrático, y a cambio, la movilidad entre las clases, favorece una total participación política y democrática.

El objetivo de la igualdad sustancial que postula el art. 3.2 encuentra especificaciones y desarrollo en otros artículos constitucionales, que completan el contenido del anterior, y contribuyen a una eficacia y concreción mayor. Veamos los siguientes ejemplos:

El artículo 4.1 donde se prevén medidas destinadas a "hacer efectivo" el derecho al trabajo; en el artículo 6, referido a la tutela de las minorías lingüísticas; en el art. 24.3, que garantiza la asistencia judicial a quienes carezcan de recursos; en los artículos 31 y 37 que protegen las familias numerosas, a la infancia, a la juventud, etc.

En el artículo 32.1, que dispone de asistencia gratuita a los indigentes; en los apartados 3 y 4 del artículo 34, referido al derecho a la educación; en el artículo 36.1, segundo inciso, relativo al salario familiar; en el artículo 38 sobre protección y seguridad ciudadana; en los artículos 41 y 43 a 47, en los que se prevén programas, controles e intervenciones públicas,

orientadas a coordinar la actividad económica pública y privada en atención a objetivos sociales; en los apartados 2 y 3 del art. 43 que vinculan la propiedad a su función social y que permiten la expropiación por causa de interés general; en el artículo 42.4, que prevé límites para las sucesiones legítimas y testamentarias y por último, en el art. 53.2, según el cual, el sistema tributario se informará por criterios de progresividad<sup>20</sup>.

Ahora bien, todos estos artículos y apartados citados se pueden considerar como el entramado instrumental que sirve para conseguir la igualdad sustancial que postula el art. 3 de la Constitución italiana. Mediante el desarrollo legislativo de estos artículos constitucionales, el proceso del logro de la igualdad sustancial ha avanzado, -ya hemos analizado que no sin dificultades-, y puede seguir en esa dirección, y es en este punto donde se articula la función fundamental que, (como ya destacamos en el capítulo sobre Jueces y Constituciones, y en los epígrafes dedicados a interpretación y teoría de uso alternativo del Derecho, en este tema) desempeña el juez como realizador máximo de la conexión entre Constituciones y realidad, al aplicar, e interpretar las normas a hechos concretos.

La realización de la igualdad, está pues en cierta forma, vinculada a la actividad jurisdiccional. En los últimos años la jurisprudencia referida a la igualdad ha sido amplia, pero lo más relevante en este aspecto de nuestro trabajo es establecer cómo ha influido la jurisprudencia constitucional en el logro de la igualdad, cuál ha sido la posición del Tribunal Constitucional en



relación con las opiniones de la doctrina, y qué cambios ha experimentado la jurisprudencia constitucional italiana.

#### 6.1.- EL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional tiene ya más de treinta años de existencia, conviene en primer lugar destacar las líneas más generales que se dan en la jurisprudencia constitucional relativa al principio de igualdad.

- 1º) Ha habido una evolución en la línea de actuación de la magistratura con importantes variaciones, y
- 2º) No ha sido homogénea la aplicación del principio de igualdad en los diferentes sectores o ámbitos de la vida social y económica. Veámos seguidamente los dos puntos.

En, un primer momento, tras la creación del Tribunal Constitucional, la magistratura Constitucional y especialmente la ordinaria, durante largo tiempo eludió la aplicación del principio de igualdad, afirmando que su simple carácter programático no abrogaría per se las leyes preexistentes de tenor contrario<sup>99</sup>. Pues en los años cincuenta era común el escepticismo sobre este tipo de declaraciones constitucionales, máxime cuando el Tribunal Constitucional había declarado inaceptable la "direccionalidad"<sup>100</sup>, (Indirizzo), de la doctrina y de la

magistratura ordinaria, por lo que el legislador no podía verse vinculado por normas programáticas.

Concretamente respecto al problema de las regiones la actuación del Tribunal Constitucional fue muy obstaculizadora, y el principio de igualdad fue totalmente ignorado. Aun después de la instauración de las regiones de estatuto ordinario, no faltaron por parte del Tribunal Constitucional especialmente en los primeros años del decenio de 1970, lecturas restrictivas de las competencias de tales regiones, sobre todo en relación a aquellas que, son exigidas a la República por el segundo apartado del artículo 9. ("La República... protege el paisaje y el patrimonio histórico-artístico de la nación").

El problema de las regiones se fundamenta en que la Constitución recoge una fórmula de compromiso entre la autonomía administrativa y la autonomía federal. El conflicto reside en el alcance de dicha autonomía. En el texto se establecen dos tipos de regiones: las de estatuto especial (art. 116), y las de estatuto ordinario (art. 131 modificado por Ley de 1963), pero el proceso de desarrollo fue diverso en los dos casos, y muy politizado. Pues hubo regiones que obtuvieron el estatuto en los años inmediatos a la promulgación de la Constitución, (Sicilia, 1946, Valle de Aosta, 1948), pero Friuli-Venecia-Julia lo obtuvo en 1963, o sea quince años después de estar expresada la voluntad constitucional; por otro lado, las regiones de estatuto ordinario no se constituyeron de modo eficaz hasta 1972, es decir, a los veinticinco años de haberse promulgado la Constitución. Evidentemente el principio de igualdad en el

desarrollo del texto constitucional no tenía ninguna eficacia, al mismo tiempo que las motivaciones políticas desvirtuaban el cumplimiento y favorecían la demora en el total desarrollo del texto, pues se trataba de obstaculizar una distribución territorial del poder que se estimaba un peligro por sus connotaciones independentistas o desintegradoras del Estado, que en la Constitución se considera indivisible.

La opinión más generalizada sobre el responsable del incumplimiento de la Constitución en esta materia coincide en que fue el gobierno, es decir, la Democracia Cristiana, que venía ocupando el poder desde la promulgación de la Constitución. Y Calamandrei señala como causa de tal incumplimiento inconstitucional el carácter híbrido derivado de los compromisos y de las reservas mentales existentes entre "las fuerzas conservadoras de derecha, y las fuerzas reformadoras de izquierda". Este compromiso se originó en el interés de las fuerzas burguesas en que la extrema izquierda aceptara los mecanismos burgueses de la legalidad parlamentaria y por ello no se opusieron a dejar abierta la vía legal de una gradual y pacífica renovación social de la que ya se habían establecido las directrices y reconocido su legitimidad.

Evidentemente otra razón de que la Constitución incluyese el proyecto de descentralizar políticamente el país se encuentra en la idea presente en el momento constituyente de evitar el peligro de una dictadura fascista o comunista. Pero una vez en el poder la Democracia Cristiana trató de robustecer la autoridad del gobierno central y demorar la puesta en práctica del ordenamiento

regional porque concretamente en las regiones de Emilia, Toscana y Umbría los social-comunistas tendrían mayoría absoluta.

La autonomía regional que está establecida en Italia implica por definición que las regiones gocen de la potestad legislativa, pero no todas las regiones italianas gozan de idénticas competencias. De ellas sólo 5, las de Estatuto especial, tienen el poder exclusivo de legislar en determinadas materias, con lo que ya se pone de manifiesto que la igualdad no fue una preocupación del gobierno.

Como ejemplo de interpretaciones restrictivas para las regiones de estatuto ordinario, que implican una desigualdad respecto a las del otro tipo de estatuto, está la exclusión de la protección de bellezas naturales y el paisaje<sup>102</sup> incluido en la relación de materias contenidas en el artículo 117 de la Constitución. Asimismo en la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 141 de 24 de Julio de 1972 se interpreta restrictivamente las materias urbanísticas atribuidas a este tipo de regiones, aunque se refiere concretamente a las "edificaciones en los centros habitados". También en la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 142 de 24 de Julio de 1972 se recoge la exclusión de las atribuciones en materia de parques<sup>103</sup>.

Pero en el decenio de 1970 se produce una evolución en la jurisprudencia referida a este tipo de materias competencia de las regiones, en un sentido más favorable a éstas, en primer lugar, y posteriormente a los entes locales, (S.T.C. nº 174 de 14

de Julio de 1976), todo ello amparado en la aplicación del principio de igualdad y del espíritu de la Constitución.

Pero tras esta breve referencia al principio de igualdad y cómo se ha desarrollado su realización respecto a las regiones, vamos a contemplar dicho principio en el ámbito individual, y como la jurisprudencia en su aplicación ha experimentado diversas variaciones y una importante evolución debido a, como ya hemos comentado, motivaciones políticas, presiones y tendencias conservadoras o reaccionarias, que en determinados períodos han sido muy intensas evidenciando así la politización de los jueces italianos, debida ya a la acción de grupos de presión, ya al complejo sistema de partidos políticos, alianzas y coaliciones que existe en Italia y cuya proyección es muy intensa en todos los aspectos de la vida pública<sup>104</sup>.

El factor clientelista de la cultura política italiana favorece su influencia y concretamente la judicatura como es sabido ha sido objeto de presiones por parte de asociaciones como la Mafia, el P2, o la Cosa Nostra<sup>105</sup>, y han sido asesinados numerosos miembros, jueces y magistrados en los años ochenta y en fechas muy recientes.

Sin embargo lo acaecido en fecha tan próxima como abril de 1989, refuerza la idea de que las presiones en ciertos casos intimidan a la judicatura, pues el Tribunal de Palermo ha absuelto al "papa" de la Mafia (Michele Greco), y a gran número de miembros de la "cúpula" de Cosa Nostra de una serie de asesinatos que el fiscal probó ampliamente. La sentencia

exculpatoria ha causado sorpresa e indignación en Italia y evidencia que si bien nos habíamos referido a "politización" de los jueces, no se puede prescindir de este otro factor transformador de la actividad judicial que podríamos llamar "temor", o "intimidación".

Pero citemos algunos efectos concretos de la aplicación del principio de igualdad por el Tribunal Constitucional.

El artículo 51 de la Constitución establece con carácter preceptivo manifiesto que, "...todos los ciudadanos de uno y otro sexo podrán desempeñar cargos públicos y puestos electivos en condiciones de igualdad según los requisitos establecidos por la Ley". Pero tal rígida afirmación de igualdad queda debilitada por otros artículos y normativas, por ejemplo: el artículo 29 de la misma Constitución que alude a "límites establecidos por la ley", "como garantía de la unidad familiar", (capaz, por tanto, de justificar: el art. 10 de la ley de 13 de Junio de 1912, nº 555, por el cual "la mujer casada no puede asumir una ciudadanía diversa de la del marido"; el art. 110 del Código Civil, según el cual "la mujer adopta el apellido del marido y está obligada a acompañarlo donde aquél quiera fijar su residencia"; los artículos 559 y 560 del Código Penal que sanciona a la mujer por el simple adulterio, y al marido sólo por el concubinato; etc.); sea por el art. 57 de la Constitución, que postula que las ocupaciones de la mujer deben siempre permitir el cumplimiento de su esencial función familiar".

Evidentemente esta legislación no prevé el principio de igualdad, y resulta muy anacrónica. El Tribunal Constitucional en esta esfera ha contribuido a superar esta situación y ha llevado a cabo una destacable modernización de la legislación italiana por medio de su jurisprudencia. Pues, en la sentencia de 3 de Octubre de 1958, nº 56, ha precisado, por lo menos, que las limitaciones por razones de sexo deben establecerse siempre por ley (cfr., en GC., 1959, 1243) y, además, en la sentencia de 18 de Mayo de 1960, nº 33, que el sexo femenino puede constituir obstáculo para ocupar un oficio público, sólo si implica la falta de un "requisito específico de aptitud", y no ya considerado como tal, como fundamento de incapacidad o menor capacidad para una categoría amplísima de oficios públicos. El mismo tribunal además, en la Sentencia de 28 de Noviembre de 1961, nº 64, ha considerado no constitucional el art. 559 del Código Penal ya comentado. En esa línea se han presentado varios proyectos de la ley para que la mujer sea admitida en muchas carreras. Por ejemplo, en la diplomática (Sentencias doc. núm. 178, 16 de Octubre de 1958), en la de secretario municipal y provincial (Cámara, doc. núm. 355, de 16 de Febrero de 1959), etc.

Se puede afirmar entonces que estamos ante un caso en el que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha transformado la realidad debido a que el legislador, ha seguido la línea marcada por la interpretación que el Tribunal Constitucional ha realizado del texto que bien puede ser restrictiva o reaccionaria pero que en este caso ha favorecido una legislación más progresista que la entonces existente. Ciertamente influyeron mucho las presiones de

movimientos feministas avanzados, incluso de Democracia Cristiana que siempre fue consciente de la importancia de la familia y trató de defender los valores tradicionales<sup>106</sup>.

Cuando en 1970 entró en vigor la ley del divorcio, Democracia Cristiana se opuso y propugnó un referéndum en 1974 para lograr su rechazo, pero fracasó; fue una de las derrotas más importantes de Democracia Cristiana después de la guerra, y contribuyó a ello la transformación que se había llevado a cabo y estaba teniendo lugar en la esfera política y social de la mujer.

En verdad estaba en marcha un profundo proceso de modificación de la situación legal discriminatoria de la mujer, y en 1975 como resultado de las presiones sociales y de los movimientos feministas, Democracia Cristiana y Partido Comunista Italiano se unieron para promover una reforma de las leyes civiles que cambiaron algunos de los más anacrónicos aspectos de la legislación italiana. El concepto de adulterio como delito, fue abolido; se modificó el régimen de separación legal de los matrimonios, y los hijos nacidos fuera de matrimonio fueron considerados iguales a los hijos "legítimos". En 1977, entró en vigor una ley contra la discriminación sexual y en 1978, con fuerte oposición por parte de Democracia Cristiana, se legalizó el aborto y el intento de revocarlo con un referéndum<sup>107</sup> fue un claro fracaso. Las circunstancias de la mujer habían cambiado totalmente con respecto a los años antes de la guerra.

En todas estas nuevas formulaciones legales sí está implícito el principio de igualdad, en este caso aplicado a los sexos, que



iba tomando concreción en el plano legal de una forma progresiva. En esta línea la Ley de 9 de Diciembre de 1977, nº 903 sobre la equiparación entre hombre y mujer en materia laboral, es un importante eslabón en el proceso de hacer efectiva la igualdad. Proceso aún inacabado, porque no se puede ignorar que, al igual que en otros países, mientras en Italia exista paro laboral, los beneficios sociales no cubran el cuidado de niños de corta edad, la formación profesional no sea accesible en su totalidad y a todos los niveles a las mujeres, la igualdad laboral entre los sexos no será plena y eficaz<sup>106</sup>.

Podemos sintetizar que la experiencia práctica de la jurisdicción constitucional en la aplicación del principio de igualdad ha experimentado cambios de dirección. En una visión realista se ha llegado a concluir que como dice Agro, "al menos tendencialmente, toda actividad legislativa, queda orientada a la consecución de los fines constitucionales mediante la posibilidad de controlar, a través del principio de igualdad, la correspondencia de cualquier ley, con un interés protegido por la Constitución"<sup>107</sup>.

Pero podemos encontrar ejemplos en que el Tribunal Constitucional ha seguido criterios de aplicación del principio de igualdad de signo diverso, y en sus numerosos pronunciamientos ha experimentado una evolución.

A juicio de E. Naso<sup>108</sup> el ejemplo más destacable de las oscilaciones que se han producido en la jurisprudencia sobre este principio de igualdad son las sentencias nº 64 de 1961 en la cual

se mantiene justificada la punición del adulterio de la mujer, y no la del hombre, y la sentencia nº 29 de 1962 en la que se considera razonable la discriminación que se lleva a cabo entre acomodados y no acomodados, en la figura de la conversión de la pena.

Asimismo es interesante la Sentencia Constitucional de Noviembre de 1960, nº 67, donde se interpreta en sentido muy lato el principio de igualdad sosteniendo la ilegitimidad constitucional tanto de la fianza para las partes judiciales, como del principio de *solve e repete* de materia tributaria en la Sentencia del 31 de Mayo de 1961, nº 21, pues resulta evidente que se produciría una discriminación entre ciudadanos acomodados o no acomodados que no podrían recurrir a juicio para defender sus propios derechos o intereses, en violación de los artículos 24 y 113 de la Constitución'''.

También referido al principio de igualdad se puede citar la Sentencia del Tribunal Constitucional que interpreta restrictivamente el art. 79.1 de la Constitución que dice textualmente: "La amnistía y el indulto serán otorgados por el Presidente de la República en virtud de ley de delegación de las Cámaras". El motivo de la Sentencia fue la Ley nº 405 de 1978 que contenía la delegación al Presidente de la República para la concesión de amnistía e indulto. Considerando el artículo 79.1 desde un punto de vista general, el Tribunal, inspirado por una correcta filosofía institucional ha afirmado que este constituye una anomalía y no un efecto de un diseño constitucional racional'''. En la interpretación restrictiva sobre el principio

de igualdad rechaza la potestad ilimitada y arbitraria del Parlamento de conceder amnistías e indultos. Exigencias de rigor jurídico y coherencia jurisdiccional han inducido al Tribunal a hacer respetar el principio de igualdad y poner fin al abuso de clemencia que tan nefastas consecuencias ha producido en el campo de la política criminal del Estado -recordemos los numerosos procesos sobre la Mafia, Cosa Nostra, y en algunos casos la exculpación de delatores-, y de la tutela de los derechos constitucionales de los ciudadanos. Se trata pues de una sentencia que restringe un amplio espacio de clemencia, y que se pronuncia en favor del principio de igualdad.

En los últimos años, el Tribunal Constitucional, sobre todo con referencia a cuestiones que violan el principio de igualdad, ha recurrido a la técnica de sentencias manipulativas que ya comentamos: frente a dos situaciones de hecho tratadas diversamente por la ley, en efecto, el Tribunal puede eliminar las discriminaciones que crea injustificadas, bien declarando inconstitucional la disposición que establece una ventaja a favor de un sujeto o una categoría, bien declarando inconstitucional la disposición misma en la parte en la cual no extiende la aplicación de la ventaja a otro sujeto o a otra categoría.

En general se puede afirmar que salvo en los primeros tiempos, y teniendo en cuenta lo referente al problema regional ya comentado, el Tribunal Constitucional ha contribuido a una modernización de la legislación italiana, en la aplicación del principio de igualdad, y ha tenido una función motriz progresista en la política del país. Lo que no ha sido capaz de hacer es

modificar los defectos estructurales del sistema legal italiano<sup>112</sup>. Es una tarea que debe ser llevada a cabo por los partidos gobernantes. Pues la Constitución establece formales normas generales; que luego sea posible que se pueda esperar juicio en prisión por largo tiempo, que haya una demora de dos años entre la apertura de un caso y el momento de llegar a los tribunales, o que haya miles de casos criminales pendientes de juicio, todo ello sólo puede ser responsabilidad de los que en cada momento ocupan el poder.

## 7. RECAPITULACION

En este capítulo hemos procedido a aplicar al caso concreto de la Constitución italiana, el esquema general que establecimos en los capítulos precedentes de cómo existe una relación permanente entre Constituciones y realidad, relación que no es homogénea ni invariable, sino que se va estructurando a través de la interacción de los diversos aspectos de la vida real, -revoluciones, factores económicos, hechos políticos ilegales, situaciones excepcionales-, con los textos constitucionales, que a su vez experimentan profundas transformaciones y modifican la realidad cambiante que normativizan. Se trata de una relación entre hechos y normas, de doble dirección, fluida y en constante proceso de realización, sin que ello descarte las tensiones que a veces existen.

Tras un análisis del texto constitucional italiano, partiendo de los puntos marcados previamente en el modelo general, podemos afirmar las siguientes conclusiones provisionales.

1) La Constitución italiana, como texto surgido del consenso entre fuerzas políticas muy diferenciadas, tras el desastre sufrido en la Segunda Guerra Mundial, y el país económicamente arruinado, muestra unas características especiales, reflejo de la influencia y presión de hechos anteriores y coetáneos del momento constituyente. El texto fundamentalmente es la plasmación de un compromiso entre el Estado burgués, fortalecido tras la desaparición de la monarquía, y las exigencias de transformación social y económica que demanda la revolución proletaria sin recurrir en esta ocasión a la lucha armada.

Es un texto que encierra una potencialidad transformadora en su art. 3.2 de forma concreta, y además en otros artículos se aporta un desglose de su contenido y una instrumentación más detallada para la actuación de los poderes públicos. Ahora bien, como consecuencia de la anómala situación política, de la inestabilidad de los gobiernos, y al mismo tiempo, del estancamiento de los partidos y de la falta de alternancia durante muchos años, se produjeron diversos efectos:

- I) Inaplicación parcial de la Constitución.
- II) La orientación jurisprudencial en general fue, que la parte dogmática de la Constitución carecía de eficacia hasta su posterior articulación en leyes ordinarias.

III) La creación del Tribunal Constitucional en 1953, con una demora de 8 años.

2) En esta segunda etapa, al estar creado ya el Tribunal Constitucional, y un gobierno de centro-izquierda, se produce un cambio importante en la proyección de la Constitución sobre la realidad, debido a que se revalorizan las disposiciones constitucionales, y se les reconoce carácter inmediatamente aplicable a las normas de principio contenidas en la parte dogmática de la Constitución. Es decir, se recuperan los valores inspiradores de la Asamblea constituyente que, debido a motivaciones políticas favorecidas por la mayoría obtenida por Democracia Cristiana, habían sido relegados. Como vemos, la influencia del Tribunal Constitucional, y de las nuevas fuerzas políticas en orden a la realización eficaz de la Constitución es decisiva, aunque no sean los resultados los máximos deseables. Se trata de relanzar la promesa de transformación que encierra la Constitución, que estuvo postergada durante años, utilizando para ello la instrumentación prevista y posible.

Se podría pues afirmar que el afán de transformación política, social y económica de la postguerra, que había plasmado sus esperanzas en el motor de cambio que representaba el artículo 3.2, fue durante un período burlado por la inercia de las instituciones, la compleja situación política, la politización de la justicia, la especial estructura social del país y la intensa politización de la sociedad italiana en general.

3) Los instrumentos de transformación económica y social que el Estado puede utilizar para la consecución de los objetivos que el texto incluye, son plurales y diversos. Otro problema es el acierto de su utilización, sus efectos, y si son suficientes. Los más importantes medios económicos que el texto recoge para llevar a cabo la revolución prometida son:

- a) Planificación económica nacional.
- b) Control público sobre las empresas.
- c) Nacionalización o colectivización de las mismas.
- d) Reforma agraria.
- e) Empleo del instrumento fiscal en criterio de progresividad.

Ahora bien, nos encontramos con unos resultados que quizás no corresponden con las esperanzas transformadoras que había suscitado dicho artículo 3 en algunos sectores políticos y jurídicos. Y ciertamente, las posibilidades que encierran estos instrumentos son amplias al permitir al Estado cualquier tipo de intervención económica, desde la típicamente neocapitalista, hasta la basada en el colectivismo. Es evidente que debido a una serie de motivos ya citados, y a la actuación vacilante, contradictoria, reaccionaria en muchos casos, de los poderes del Estado, la gestión económica no ha significado la transformación social plena y radical que cabía esperarse. En algunos aspectos concretos, como puede ser la reforma agraria, la planificación, o la política de créditos, fiscal o de subsidios, hemos visto que la ineficacia y falta de directrices claras ha estado presente y provocado que no se hayan alcanzado las metas fijadas.

La emigración, hecho constante y tradicional italiano, ya refleja por sí solo cuán relativa es la eficacia de la reforma social, de la igualdad de oportunidades y del derecho al trabajo en la realidad italiana.

Se puede afirmar que son factores extra constitucionales, es decir, hechos políticos, intereses económicos, presiones y componentes de diferente origen y sentido, e incluso la "guerra fría", las que han modificado y alterado los efectos que el desarrollo y aplicación del texto hubiera tenido en otras circunstancias sobre la sociedad italiana.

Sin pretender ser exhaustivos podemos resumir las consecuencias concretas de la presencia de tales factores extraconstitucionales:

- a) Superposición de directrices económicas del todo distintas.
- b) El fracaso del Estado planificador a nivel nacional.
- c) La labor obstaculizadora y de freno ejercida por los sectores más conservadores.
- d) La línea confusa y caótica de las medidas legislativas en determinados períodos.
- e) Y desde luego, la situación política, con sus características de inestabilidad en los gobiernos, y estancamiento de élites políticas y partidos.

4) Respecto a la labor de la Judicatura italiana, en la tarea transformadora de la realidad, la conclusión que se desprende del



análisis realizado es que se trata de un colectivo que ha experimentado una evolución importante en los principios que le han inspirado en su actuación, debido a una pluralidad de presiones, influencias y condicionamientos que ha recibido.

Por ello, el sentido que imprime la actuación jurisdiccional en la realización de la Constitución ha sido plural, diverso y contradictorio en ocasiones, ya que en algunos períodos la influencia de la burguesía era dominante en todos los estadios, y la receptividad del poder judicial ante las exigencias de las clases menos favorecidas era escasa. Pero no hay por ello que olvidar determinadas etapas de actividad jurisdiccional progresista que han contribuido a un cierto avance en la consecución de la igualdad así como a una renovación de determinadas leyes un tanto anacrónicas y que no coincidían con el espíritu que inspira una gran parte del texto constitucional.

Importante influencia en la orientación más progresista de medidas legislativas y actividad jurisdiccional la ha tenido la teoría del uso alternativo del derecho como reacción de un grupo de juristas críticos ante lo que se estimaba aplicación partidista y reaccionaria del texto constitucional, o incluso incumplimiento de la Constitución. Basándose en el art. 3.2 se pretendía una nueva inspiración en la forma de interpretar y aplicar el texto constitucional, que hasta ese momento se juzgaba había sido de "derechas".

Evidentemente todo lo hasta aquí resumido responde a las circunstancias muy concretas y tipificadoras del sistema

constitucional italiano, entre las que, -aparte de las citadas- cabe añadir, estancamiento político, estabilidad e ingobernabilidad, sistema de coaliciones y una estructura social muy diversa, con grandes diferencias entre Norte y Sur, y entre la zona industrializada y la zona rural.

Si estas características han dificultado el logro y la realización del principio de igualdad, de igualdad material y de oportunidades, el proceso de igualdad de los sexos ante la ley, por ejemplo, ha experimentado una cierta activación, debido sobre todo a la profunda transformación en la condición social de la mujer que partía hace más de 40 años desde un nivel de postración cultural y social.

Tras el resumen que hemos realizado de cuál ha sido la proyección del artículo 3.2 de la Constitución sobre la realidad social y económica de Italia, queda concluir si ha sido un instrumento útil de transformación, y si ese tipo de normas resulta eficaz. En ese caso que hemos estudiado, no se puede afirmar que los resultados sean plenamente satisfactorios, que su eficacia sea definitiva y que tal artículo haya modificado radicalmente la realidad.

Cabe ahora preguntarse que si en el proceso de adecuación de los textos constitucionales a la realidad que venimos analizando a lo largo de esta tesis, la utilización de este tipo de normas como el art. 3.2 no resulta de una eficacia probada, hasta que punto resulta útil insertar tales artículos, y sobre la posibilidad de innovar de alguna otra forma los textos

constitucionales para optimizar su eficacia y su operatividad en su diálogo con la realidad cambiante.

Pero tras el estudio del caso italiano, resulta atrayente el análisis del artículo 9 de la Constitución española, que ha recibido inspiración del texto italiano, y parece oportuno establecer alguna relación comparativa.

## 8. NOTAS

- 1) Cf. C.J. Friedrich, *Gobierno Constitucional y democracia, Teoría y práctica en Europa y América*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, Vol. I, pág. 36.
- 2) *Ibid.*, pág. 36.
- 3) Cf. L. Einaudi, "Concetto e limite dell'egluanglianza nei punti di partenza" en *Lezioni de politica sociali*, Ed. Riuniti, Turín, 1949, pág. 142.
- 4) *Ibid.*, pág. 143.
- 5) Cf. R. García Cotarelo, *Teoría de Estado y sistemas políticos*, Facultad de Ciencias Económicas, UNED, Madrid, 1986, Vol. 2, pág. 87.
- 6) Sobre la naturaleza de la Constitución de 1947, texto típico del movimiento constitucional de la segunda postguerra y de compromiso, escribía Aldo Moro en *Le Basi del Nuovo Stato*, Roma, 1948: "Ciertamente ningún partido podrá verse expresado en su ideología y su doctrina política en la Carta constitucional".
- 7) Cf. Lelio Basso, *Il principe senza scettro*, Feltrinelli, Milán, 1958.
- 8) Véase sobre partidos políticos italianos, R. García Cotarelo, *Los Partidos Políticos*, Editorial Sistema, Madrid, 1985, pág. 154. C.B. Traverso, *Partido político e ordinamente costituzionale*, contributo alla determinazione della natura giuridica del partido politico, Giuffrè, Milán, 1983. V.O. Key, *Politica, partidos y grupos de presión*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962. R. Zariski, "Italy", en PH. Merkl, *Western European Party Systems*, Free Press, New York, 1980.
- 9) Al sistema de coaliciones de Italia le han dedicado especial atención: P. Lucas Murillo, "El sistema político italiano", en *Sistemas políticos contemporáneos*, Teide, Barcelona, 1984. Vid. Ferrando Badia, *op. cit.*, pág. 393. David Hire, "Italy: Condemned by its constitution?", *Constitutions in Democratic Politics*, edited by V. Bagdenor, Vermont, 1988.

- 10) Vid. David Hire, op. cit., pág. 204 y ss.
- 11) Cf. P. Calamandrei, *Commentari sistematico alla Costituzione Italiana*, 2 Vols., Vol. I, Cedam Padova, 1975, pág. 80.
- 12) Sobre la Presidencia de L. Einaudi, véase: M. Vaussard, *Histoire de la Italie moderne, 1870-1970*, Hachette, París, 1983.
- 13) Sobre la creación del Tribunal Constitucional, véase: J. Ferrando Badía, op. cit., pág. 412. G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Milán, 1979, pág. 291.
- 14) Vid. M. Vaussard, op. cit., pág. 373. Ferrando Badía, op. cit., pág. 425. Y sobre construcción de gobierno de coalición en regímenes parlamentarios de multipartidismo vid. Sartori, *Partidos y sistemas de partidos*, Alianza, Madrid, 1980, pág. 165.
- 15) Sobre el Compromiso Histórico, vid. D. Hire, op. cit., pág. 208. M. Vaussard, op. cit., pág. 381.
- 16) Respecto a los referéndums habidos sobre el divorcio y el aborto, véase: D. Sassoon, *Contemporary Italy Politics economy and Society since 1945*, Longman, London, New York, 1984.
- 17) Sobre el Estatuto de los trabajadores, véase: D. Sassoon, op. cit., pág. 67.
- 18) Cf. A. Pizzorusso, *Lecciones de Derecho Constitucional*, CEC, Madrid, 1984, pág. 96.
- 19) Sobre la continuidad de las élites o partidos, véase: D. Hire, "Thirty Years of the Italian Republic : Governability and Constitutional Reform", *Parliamentary affairs*, XXXIV, I. Winter, 1981. F. Leoni, *Los Partidos políticos italianos*, Alianza, Madrid, 1963. G. Bibes, *Le system politique italien*, P.U.F., París, 1978.
- 20) Véase: David Hire, "The Craxi Premiership", in R. Leonardi and R. Nanetti (eds.), *Italian Politics : A Review*, Vol I. (London, Frances Pinter, 1986).
- 21) Cf. P. Togliatti, *Discorsi a la costituente*, Ed. Riuniti, Roma, 1973, 3ª ed. pág. 3.

- 22) Cf. P. Petta, *Ideología constitucional de la izquierda italiana*, (1892-1974), Ed. Blume, Barcelona, 1978, pág. 114.
- 23) Cf. A. Predieri, "Régimen social y económico en la Constitución italiana", en *Constitución y economía*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977, pág. 23.
- 24) *Ibid.*, pág. 24.
- 25) *Ibid.*, pág. 24.
- 26) Véase: C. Lavagna, *Costituzione e socialismo*, Ed. Il mulino editorial, Bolonia, 1977, pág. 50. G.V. Rescigno, *Le convenzioni costituzionale*, Cedam, Padova, 1972, pág. 167.
- 27) Vid. C. Lavagna, *op. cit.*, pág. 51.
- 28) También interesante respecto a la compatibilidad entre socialismo y Constitución, es la obra colectiva *La Costituzione italiana : I principi, la realtà* de P. Barile, B. Craxi, S. Galeotti, ...Franco Angelli editores, Milano, 1977. Y en particular la comunicación de V. Terracini, *La Costituzione tradita*, en *op. cit.*, pág. 131.
- 29) Vid. G.V. Rescigno, *op. cit.*, pág. 12.
- 30) Véase sobre este tema los siguientes artículos: V. Crisafulli, "La Costituzione tradita", en *Rinascita*, 1951. Gianini, "La Costituzione fluida", en *Società*, 1951. E. Lussu, "La resistenza en la Costituzione italiana", en *Mondo operaio*, 1955. Ventura, "Il tribunali militari in azione", en *Società*, 1951.
- 31) Cf. P. Calamandrei, "La Costituzione e le leggi per attuarla", en: AA.VV. *Dieci anno dopo*, (1945-1958), a terza, Bari, 1956.
- 32) Sobre la "Ley estafa", "legge truffa", véase, M. Vaussard, *op. cit.*, pág. 386.
- 33) Sobre la Ley Acerbo, véase: Ferrando Badia, *op. cit.*, pág. 398. D. Sassoon, *op. cit.*, pág. 220. M. Vaussard, *op. cit.*, pág. 386. D. Wohlen, *Sistemas electorales del mundo*, CEC, Madrid, 1981, pág. 171.

- 34) Cf. C. Mortati, "Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica", en *Atti delle commissioni parlamentare d'inchiesta sulla disoccupazione*, Vol. VI, Roma, 1953.
- 35) Cf. P. Togliatti, "La corte contra l'imponibile", en *Rinascita*, 1959.
- 36) Sobre la posición de la Corte Costituzionale entre los órganos del Estado, Aldo M. Sandulli, juez de la Corte desde 1957 hasta 1969 y presidente decisivo en la historia de la misma, partía en 1960 del esquema de Espósito para reivindicar la posición de la Corte entre los órganos supremos del Estado. Sandulli, tras calificar la Corte como órgano constitucional, extraía las consecuencias institucionales de tal calificación en la regulación positiva y en las funciones del Alto Tribunal. La primera dificultad se encuentra en el nacimiento mismo de la institución, que se retrasa 8 años. Massera, en "Materiali per uno studio della Corte Costituzionale" en *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 1972, recoge el testimonio de Calamandrei, quien denunció cómo el Gobierno enviaba a las Cámaras las leyes de desarrollo constitucional, o de reforma del ordenamiento fascista, para luego dar instrucciones a su fiel mayoría para que las hiciera naufragar: "ostruzionismo della maggioranza". Será necesario llegar al "storico incontro" entre democristianos y socialistas, para que sea posible la ley institutiva de la Corte. Su primera sesión pública fue el 23 de abril de 1956.
- 37) Sobre la dificultad de surgimiento de la Corte, autores como Galeotti y Bruno Rossi, "El Tribunal Constitucional en nueva Constitución Española", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 7, 1979, pág. 143, tratan de alertar sobre el problema en el caso de la Constitución española.
- 38) Vid. L. Togliatti, *Discorsi alla...*, op. cit., pág. 3.
- 39) *Ibid.*, pág. 3.
- 40) Vid. A. Pizzorusso, op. cit., Vol. II, pág. 4.
- 41) *Ibid.*, pág. 5.
- 42) Se ha hablado en estos casos de self-restraint; es decir autolimitación por parte el Tribunal. Cf. Mortati, op. cit., II, pág. 1021-22.

- 43) Vid. A. Pizzorusso, op. cit., II, pág. 49.
- 44) Ibid., pág. 27.
- 45) Véase por todos los autores Mortati, II, pág. 1470 y ss.
- 46) Cf. R. García Cotarelo, *Teoría del Estado y sistemas políticos*, Facultad de C. Económicas, UNED, 1986, Vol. II, pág. 95.
- 47) Vid. L. Togliatti, op. cit., pág. 4.
- 48) Vid. P. Petta, op. cit., pág. 121.
- 49) Sobre sentencias manipulativas véase: G. Branca, "L'illegimità parziale delle sentenze della Corte Costituzionale", en *La giustizia costituzionale*, (a cargo de G. Maranini), Valecchi, Florencia, 1966, pág. 54 y ss.
- 50) Sobre el problema regional véase entre otros: A. Ronchey, *Le autonomie regionali e la Costituzione*, Milán, 1952, pág. 46. A. Fanfani, *Anni difficili ma non sterile*, Roma, 1953, pág. 91. L. Sturzo, *La regione nelle nazione*, Roma, 1947, págs. 128-130. J. Ferrando Badia, *Las autonomías regionales en la Constitución italiana del 27 de Diciembre de 1947*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, págs. 165-167.
- 51) Vid. J. de Esteban, *El régimen constitucional español*, Labor Universitaria, Barcelona, 1980, pág. 314.
- 52) Vid. Mortati, op. cit., pág. 169.
- 53) Cf. A. Predieri, "Régimen económico y social en la Constitución italiana", *Constitución y Economía*, Madrid, 1977, pág. 26.
- 54) Cf. José M. Laso Prieto, "Fundamento Constitucional del uso alternativo del Derecho", *Boletín Informativo del Dpto. de Derecho Político*, UNED, nº 1, 19, pág. 115.
- 55) Véase además, B. Linde y M.A. García, "La rebelión de los juristas", *Revista Triunfo*, nº 673, 23 de Agosto de 1975.



- 56) Cf. L. Ferrajoli, *L'assetto istituzionale delle magistratura nel sistema politico italiano*, Milano, 1979, pág. 125.
- 57) Vid. J.M. Laso Prieto, op. cit., pág. 1169.
- 58) Cf. J. González Pérez, "Los principios generales del Derecho y de la Constitución", en *La Constitución Española y las Fuentes del Derecho*, Vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, 1984, pág. 1167.
- 59) Ibid., pág. 220.
- 60) Cf. P.A. Ibañez, "Uso alternativo del Derecho y práctica judicial", en *Sobre el uso alternativo del Derecho*, F. Torres, ed. Valencia, 1978, pág.
- 61) Cf. M. Martínez Sospedra, *Aproximación al Derecho Constitucional español. La Constitución de 1978*, Ferrando Torres editor, Valencia, 1980, pág. 223.
- 62) Estos términos fueron usados por Pizzorusso en *Lecciones de Derecho...*, op. cit., pág. 96.
- 63) Vid. J.M. Laso Prieto, op. cit., pág. 118.
- 64) P. Calamandrei, "Costituente e questione sociale", 1945, en *Opere giuridiche*, ed. M. Cappelletti, Vol. III, Morano, Nápoles, 1968, pág. 179.
- 65) Vid. A. Pace, op. cit., pág. 46.
- 66) Vid. P. Togliatti, *Discorsi a la costituente*, 1973, págs. 9-11.
- 67) Cf. G. Amato, *Il governo dell'industria in Italia*, Giuffré, Milano, 1972. Economía, política e istituzione, en Italia, 1976. Merlini, *Strutture del governo e instrumento publico nell'economia*, Cedam, Padova, 1979.
- 68) Cf. G. Amato, *Trattato Galgano*. I, Cedam, Padova, 1978, pág. 209.
- 69) Vid. Véase Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de Mayo de 1968, nº 55, en *Foro it*, 1968, Vol. I, pág. 1936.

- 70) Vid. M. Vaussard, op. cit., pág. 381. D. Sassoon, op. cit., pág. 36.
- 71) Estos institutos son: Instituto per la Ricostruzione Industriale (IRI), Ente Nazionale Idrocarburi, (ENI) y (ENEL), Ente Nazionale Electrecità.
- 72) Vid. D. Sassoon, op. cit., pág. 78.
- 73) Vid. D. Sassoon, op. cit., pág. 79.
- 74) Sobre los profundos cambios ocurridos en la economía, en el sector agrícola y en la industria, véase: Michele Salvati, *Il sistema económico italiano: historia de una crisis*, Salvati, Roma, 1975.
- 75) Respecto a esta problemática, véase: A. Predieri, *Planificazione e costituzione*, 1963; Barcera, *Legge di piano e sistema delle fonti*, 1968.
- 76) La situación económica y los efectos de la planificación, véase en: S. Bernstein y P. Milza, *L'Italie contemporaine*, Armand Colind, Paris, 1973. A. Grosser, *Les pays d'Europe occidentale en 1983-84*, Armand Colin, Paris, 1985.
- 77) Véase: J. Ferrando Badia, *El Estado unitario, el federal y el regional*, Tecnos, Madrid, 1978. J. Blondol, *Introducción al estudio comparativo de los gobiernos*, Rev. de Occidente, Madrid, 1972.
- 78) Tiene este criterio de progresividad una justificación social; pero con los niveles e índices actuales, es generalizada la queja del contribuyente.
- 79) Véase sobre la PAC: D. Sassoon, op. cit., pág. 80.
- 80) Sobre la influencia de la política y economía internacional en los aspectos italianos, véase: D. Sassoon, op. cit., pág. 83. J.C. Colliard, *Los regimenes parlamentarios contemporáneos*, Blumer, 1981.
- 81) Cf. P. Biscaretti, *Derecho Constitucional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1965, pág. 681.
- 82) Cf. C. Mortati, *Raccolta di scritti*, Giuffré, Milan, 1972, Vol. I, pág. 156-177. G.F. Mancini, *Comentario Branca*, Comentario della Costituzione, Zenichelli-Soc.,

ed. "Il foro italiano", Bologna, Roma, 1975, 12 Vols. subtítulo 4.

- 83) Vid. A. Pizzorusso, op. cit., pág. 178.
- 84) Sobre el milagro económico además de las obras citadas de D. Sassoon y M. Vaussard, véase: A. Baldassarre et al, *Innovazioni politiche e trasformazioni sociali nell'Italia degli anni 70. La riforma istituzionale*, Ed. F. Agnelli, Milano, 1984.
- 85) Ibid.,
- 86) Vid. D. Sassoon, op. cit., pág. 38.
- 87) En la historia reciente económica italiana, y en los movimientos sociales sindicales, estas firmas, y especialmente Fiat, ha desempeñado un papel muy importante.
- 88) Datos macroeconómicos de esta época, véase: D. Sassoon, op. cit., pág. 83.
- 89) Véase: M. Vaussard, op. cit., pág. 220. D. Sassoon, op. cit., pág. 55 y ss.
- 90) Véase: D. Sassoon, op. cit., pág. 75.
- 91) Sobre este artículo véase: C. Rossano, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Jovene, Nápoles, 1966, Cap. V.
- 92) Véase: C. Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 5ª ed. Cedam, Padova, 1960, pág. 786.
- 93) Vid. A. Pizzorusso, op. cit., pág. 172.
- 94) Vid. P. Lucas Verdú, op. cit., pág. 102, III.
- 95) Vid. Ballardore, op. cit., pág. 451. G.V. Rescigno, op. cit., págs. 620 y 621.
- 96) Vid. A. Pizzorusso, op. cit., pág. 172.
- 97) Otro tema es examinar si en realidad se dan las circunstancias de igualdad de oportunidades, porque es difícil imaginar que existe en verdad una igualdad total del punto de partida.

- 98) Evidentemente, este articulado, ha tenido una proyección diversa en su calidad de instrumento en el proceso de realización de esa igualdad.
- 99) Sobre el Tribunal Constitucional y su línea de actuación, en lo referente a las regiones véase: A. Padilla, en Sánchez Agesta, *Curso de Derecho Comparado*, Fac. de Derecho, Universidad Complutense, 1980, pág. 35. Y en general, González Deleito, *Tribunales Constitucionales. Organización y funcionamiento*, Tecnos, Madrid, 1980.
- 100) Vid. P. Biscaretti, op. cit., pág. 517.
- 101) Sobre la autonomía de las regiones véase: A. Ronchey, *Le autonomie regionali a la Costituzione*, Giuffrè, Milán, 1952, pág. 19. Respecto al problema regional véase en general: F. de Onofrio, "Sistema de partidos y Estado regional en la experiencia italiana", en *Autonomía y partidos políticos*, Tecnos, Madrid, 1984. T. Martínez, *Il Consiglio Regionale*, A. Giuffrè, Milano, 1981. A. D'Atena, *Le regioni italiane e la comunità Europea*, Giuffrè, Milano, 1981. R. Pini, *Procedure di programmazione e ordinamento regionale*, Cedam Padova, 1979.
- 102) Sobre la regulación del paisaje, véase: Sara Volterra, "Estado y cultura en el ordenamiento de la Italia republicana", en *Revista de Derecho Político*, UNED, Madrid, 1987, nº 24.
- 103) *Ibid.*, L. Paladini, *Diritto regionale*, Cedam, Padova, 1979, pág. 384.
- 104) Véase: J. Mainaud, "Visión general de los grupos de presión italianos", en *Rev. Est. Sociales*, 1970, pág. 42.
- 105) Sobre las condiciones sociales que hacen posible la existencia de tales asociaciones véase: J. Chubb, *Patronage, power and poverty in Southern Italy; a tale of two cities*, Cambridge University Press, Cambridge, 1982. R. Villari, *Il Sud nella storia d'Italia. Antologia della questione meridionale*, La terza, Bari, 1978.
- 106) Sobre Democracia Cristiana en general véase: M.P. Fogarty, *Historia e Ideología de la Democracia Cristiana*, Tecnos, Madrid, 1964.

- 107) Sobre los referéndums, véase: S. Sánchez González, "Referéndums en Italia", *Revista de Derecho Político*, de la UNED, nº 10, pág. 247.
- 108) La condición de la mujer en Italia ha experimentado una importante transformación, pero no homogénea en todo el país. Sobre el tema en general véase: M. Legnani, *L'Italia dall 1943 a 1948 lotte politiche e sociali*, 2ª ed., Loeschner, Torino, 1976. A. Benenati, *Politique et société civil dans l'Italie contemporaine (1860-1960)*, Ed. Economica, París, 1987.
- 109) Cf. A. Agro, *La Costituzione italiana : annotada con la giurisprudenza della Corte Costituzionale*, UTET, Torino, 1979.
- 110) E. Naso, *La Costituzione italiana nell'interpretazione della Corte Costituzionale*, Ed. Penn, Roma, 1971, pág. 22.
- 111) Vid. A. Pizzorusso, op. cit., pág. 173.
- 112) Cf. Gladio Gemma, "Una sentenza ispirata ad una corretta filosofia istituzionale", en *Giurisprudencia costituzionale*, nº 6, 1986, págs. 1117-1129.
- 113) En verdad algunas deficiencias en el funcionamiento de la administración de la justicia se podría considerar que son "endémicas", y hay que añadir en algunas regiones del país la nula colaboración de los ciudadanos con el Poder Judicial.

VIII. ANALISIS DE UN CASO  
PRACTICO : LA CONSTITU  
CION ESPANOLA DE 1978

## INTRODUCCION

Si en el Capítulo anterior hemos analizado los efectos transformadores de la realidad italiana que ha tenido la proyección y realización del art. 3.2 de su Constitución, norma innovadora respecto a los artículos y textos constitucionales clásicos, que respondía al afán y necesidad de transformación de la postguerra, en este Capítulo VIII nos vamos a dedicar al análisis de cuál es la incidencia en la realidad del artículo 9.2 de nuestra Constitución.

En nuestro país, se daban en el momento constituyente algunas circunstancias coincidentes con las que habían presidido el surgimiento del texto italiano, por ejemplo la necesidad de encontrar en el texto constitucional el instrumento que facilitara una necesaria reforma social y económica, que garantizara la acción, que sirviese de asidero a los jueces y que tuviese un contenido amplio y prometedor que supusiera posibilidades de actuación a fuerzas políticas distintas.

Todo ello parece residir en el carácter innovador del artículo 9.2, cuyo diseño incluye una potencialidad transformadora de la realidad, centrada en que se marca como objetivo conseguir una igualdad efectiva, lo que implica numerosos cambios. Ahora bien, comprobar su eficacia en los diversos aspectos de la vida española, analizar qué instrumentos se utilizan o han sido utilizados para llevar a cabo esa adecuación entre contenido del texto y la realidad, y reflexionar

sobre qué función ha desempeñado la jurisdicción, ordinaria y constitucional en este proceso transformador, van a ser los puntos más destacados de nuestro estudio. Todo ello nos mostrará hasta qué grado ha sido útil y eficaz este artículo.

#### 1. EL ARTICULO 9.2

Teniendo en cuenta la endeblez de la teoría del uso alternativo que vimos en el capítulo anterior y que hacía del art. 3 su punto de apoyo, en el sistema español el artículo 9.2 ha sido considerado como pieza básica en la misma teoría, cuyo móvil fundamental es servir de instrumento para disminuir la tensión que existe entre realidad y normativa constitucional. Se ha estimado que tal artículo podía actuar de motor de cambio social y que era el exponente más señalado del principio del Estado social. Garrido Falla opina que se trata en cierto modo de un precepto puente entre la declaración demasiado dogmática del art. 1.1 que constituye a España en un Estado Social de Derecho, y los más concretos (aunque tampoco excesivamente) preceptos del Capítulo 32 del Título I de la Constitución, que establece "los principios rectores" de la política social y económica de un Estado que quiere ser social, y afirma que resultaba comprensible el entusiasmo que se puso en su defensa parlamentaria<sup>1</sup>.

Nuestra Constitución es resultado del consenso de las fuerzas políticas constituyentes; se podría decir que es una Constitución de transacción en tanto que significó un esfuerzo de colaboración y renuncia de las distintas fuerzas políticas, por lo que no



resulta difícil investigar las influencias e inspiración que hay tras dicho artículo 9.2. En opinión de García Cotarelo, el consenso ha implicado un acuerdo entre las fuerzas que combatieron, -sin éxito-, al régimen político anterior, y las que heredaron los aparatos del Estado de ese régimen, pero sin haber sido excluidas jamás del poder. Esto ha supuesto un equilibrio particular para las cuestiones de legitimidad, que se tradujo en las tensiones que rodearon a la determinación de la forma de gobierno y en una ambigüedad en la determinación del modelo de sociedad al que la Constitución aspira<sup>2</sup>.

Como veremos en el análisis del contenido económico de la Constitución, se incluyen artículos que parecen tener orientaciones de la actividad económica de sentido contrario, o por lo menos, de significación ambigua. Hay unanimidad en los autores en reconocer que el art. 9.2 es importación socialista de la Constitución italiana, lo que inspira diversas opiniones. Por ejemplo para Lucas Verdú, "este artículo es de segunda mano, y por eso pierda dignidad"<sup>3</sup>, y De Juan Asenjo considera que la doctrina italiana de izquierda había quedado prendada de la sinceridad de ese precepto por cuanto ponía al desnudo las injusticias del orden socioeconómico, reconocía la falacia del formalismo jurídico tradicional, y abría el camino al uso alternativo del Derecho, esto es, a la utilización del Derecho como instrumento de transformación social<sup>4</sup>. Todo ello, no podía dejar de influir en nuestro ordenamiento. Así lo expresa el mismo autor:

"Como era de esperar también en nuestro país el precepto fue capitalizado para una lectura socialista de la Constitución económica. Leído bajo esa perspectiva, el artículo 9.2 pasaría a ser la palanca transformadora que impulsase el tránsito del sistema capitalista imperante en la realidad, al socialismo democrático".

En su obra *La Constitución económica*, argumenta contra el planteamiento que suponga la consideración de que forzosamente es el socialismo el único sistema socioeconómico que responde a los valores recogidos en los artículos 1.1 y 9.2, y el único que se identifica plenamente con las fórmulas "sociedad democrática avanzada" o "Estado social y democrático de Derecho". Y se funda en tres razones:

1) Considera que ni del espíritu ni de la letra, se desprende el tránsito obligatorio hacia el socialismo.

2) Las declaraciones recogidas en el Preámbulo y en los artículos 1.1 y 9.2 no vienen respaldadas por el resto del articulado de la Constitución, y

3) La Constitución, en su artículo 9.2, no "reniega" de sí misma, ni renuncia a los valores enunciados en sus preceptos. Al contrario, su pretensión es darles vida, hacerlos realidad tangible.

Otros autores<sup>7</sup> coinciden en que la función del artículo 9.2 de la Constitución, es fundamental. Según J. de Esteban, dicho

artículo reconoce el papel activo del Estado, al referirse a los poderes públicos, que de acuerdo con la Constitución, tienen una misión de actuación promoviendo las condiciones que hagan posible la libertad e igualdad; pero es importante resaltar, que la Constitución precisa una igualdad "real y efectiva"; no basta con que se asegure la igualdad ante la ley, jurídica o formal, sino que los poderes públicos tienen como misión remover obstáculos para conseguir la libertad e igualdad efectiva, con lo que se puede afirmar que el art. 9.2 concede a los poderes públicos la legitimación del poder transformador. La Constitución habilita al Estado, a los poderes públicos, para llevar a cabo transformaciones sociales y cambios, dirigidos a conseguir la igualdad efectiva entre los individuos<sup>2</sup> y en los grupos en que se integran.

Se trata pues, de un concepto de igualdad claramente dinamizador, y que en nuestra opinión, aparece en el texto constitucional como un instrumento de grandes posibilidades, cuya utilización plena o debilitada, puede ser clave en el proceso de adecuación entre la realidad y el ordenamiento. Es decir, este artículo contribuye no sólo a que sea posible la relación que postulamos, sino a que se afiance, pues el contenido dinámico y de múltiple significación permite superar, al menos en teoría, los desajustes producidos por una realidad cambiante, como es en este caso la sociedad española en las diversas esferas sociales.

1.1.- ANALOGIAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL ARTICULO 9.2 DE  
LA CONSTITUCION ESPANOLA Y EL ARTICULO 3.2 DE LA  
CONSTITUCION ITALIANA

La generalidad de la doctrina destaca la conexión entre los dos artículos que tratamos, pero hay que resaltar que junto a ciertos caracteres análogos, existen otros aspectos que los diferencian<sup>10</sup>.

G.F. Mancini llega a sostener que en contraste con el art. 3.2 del texto italiano, nuestro artículo 9.2 posee "una concepción tacitamente corporativa de la democracia, y no convierte a la Constitución en sincera, sino en hipócrita"<sup>11</sup>. Y mientras que ciertos autores opinan que el artículo 9.2 es una transcripción del artículo italiano 3.2, a juicio de M. Morisi, las palabras y el estilo son algo diferentes y la carga innovadora que expresan es netamente distinta. Y ello, no sólo porque se articulan en estructuras normativas diversas, con relaciones funcionales entre las situaciones subjetivas tuteladas y las garantías reconocidas, sino porque son normas intrínsecamente distintas, y en algunos aspectos lejanas<sup>12</sup>. En ambas se halla sin embargo la visión del Derecho como instrumento de regulación, fomento y organización de los procesos socioeconómicos. Sólo que en la Constitución italiana, "nacida de la Resistencia", el art. 3.2 expresaba el rechazo de un sistema socioeconómico incompatible con una efectiva igualdad de derechos civiles, políticos y de facultades de participación "en la organización política y social del país", mientras que en la formulación española de tal rechazo parece haber perdido su carga

de ruptura ideológica con procesos históricos anteriores, para inscribirse -en este sentido más "neutralmente"-, en la racionalización del Estado contemporáneo, en el que poder y desarrollo se sitúan en una relación funcional estable de legitimación recíproca.

Morisi señala cómo el hecho de que el art. 9.2 atribuya a los poderes públicos la competencia para remover los obstáculos que impiden o dificultan la plenitud efectiva de la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra, y facilitar la participación en la vida política y económica cultural y social de todos los ciudadanos, en vez de los trabajadores, como señala en cambio el art. 3.2 de la Constitución italiana, modifica bastante el alcance y el significado político institucional de aquel artículo en relación con éste<sup>12</sup>. Ya lo señaló Francesco Galgano cuando la Constitución española debía atravesar aún los últimos filtros de la negociación política constituyente, subrayando que hablar de trabajadores en lugar de ciudadanos significa prefigurar un tipo de democracia, que por usar expresiones resumidas no es sólo una democracia de trabajadores o, según otra expresión una democracia de productores. Es decir, que no se basa sólo en la representación política sino también la acción directa de los trabajadores en cuanto a tales<sup>13</sup>, atribuyendo a éstos en sí mismos, y no en cuanto que ciudadanos, un derecho de participación en la organización no sólo económica social, sino también política del país<sup>14</sup>.

Sobre estas significativas diferencias de redacción entre los dos artículos, Silvio Basile opina que la fórmula española ha sido depurada de toda referencia a ideologías clasistas, y que el tono polémico que encierra, es por esa razón apagado<sup>14</sup>. Todo ello, naturalmente está en línea con el carácter moderado de la Constitución española, pero no excluye la señalada ambigüedad sobre las justificaciones del Estado social, porque por encima de su forma, la sustancia del art. 9.2 español es idéntica a la sustancia del art. 3.2 italiano, y si de éste se dijo que elevaba "la transformación de la sociedad en norma fundamental", porque exige "la transformación de los presupuestos sociales que en el momento actual no son igualitarios", lo mismo, "a rigore", se podría decir de aquél<sup>15</sup>.

Pero mientras la Constitución italiana, una vez declarado este principio no establece realmente los instrumentos institucionales adecuados a la transformación, pero no opone tampoco obstáculos insuperables, la Constitución española, precisa Basile, es incluso demasiado clara en su deseo de mantener el sistema socioeconómico existente, como hemos visto<sup>16</sup>. El significado del art. 9.2 sin excluir la posibilidad de interpretaciones claramente progresistas (y naturalmente la posibilidad de reformas constitucionales), no va más allá de la justificación del intervencionismo público corrector de desequilibrios en atención al mantenimiento del sistema económico actual, y por tanto, contra su propio tenor, no ha sido incluido en función de una efectiva transformación social<sup>17</sup>.

También A. Predieri coincide en que hay semejanzas entre los artículos 9.2 y 3.2 pero considera que en el caso español, el contexto es distinto habida cuenta de la presencia del art. 53.1. En su opinión toda una serie de obstáculos en la participación plena en la vida económica, social y cultural que los artículos 9.2 y 3.2 se proponen superar, han sido históricamente creados y están vinculados a las condiciones del sistema de propiedad, producción y distribución de bienes y servicios, como nos enseña la experiencia del sistema social y económico en que vivimos<sup>12</sup>.

La superación de estos obstáculos implica modificaciones en tal sistema, pero las mismas están limitadas en el ordenamiento español por el respeto al contenido esencial de aquellas situaciones que, a veces, si no siempre, son ambivalentes: por un lado, -para los beneficiarios- son derechos, por otro, son obstáculos<sup>13</sup>.

En esta línea creemos interesante resaltar que existen lagunas, además de cierto retraso en el desarrollo normativo de algunos artículos o mandatos constitucionales, lo que incide de forma evidente en la operatividad que cabía esperar de la Constitución. Concretamente en el mandato de "participación plena en la vida cultural, social y económica", que se expresa en el artículo 9.2 se pueden citar dos lagunas en su desarrollo normativo, respecto al jurado, y al Consejo Económico y Social, lo que disminuye los efectos económicos y sociales que una "plena participación" podría ocasionar.

En general, la significación del artículo 9.2 no queda resuelta en sí mismo, en lo que expresa su contenido, sino que necesita especificaciones concretas que se incluyen en otros artículos. Como expresa García Cotarelo, el art. 9.2, se limita a ser un mandato al Estado para que arbitre los medios que hagan realidad las previsiones de la Constitución. Pero nada más. Es decir, es una disposición de carácter locativo; "localiza" en el Estado la tarea de acometer estas funciones. Pero al no pasar del enunciado locativo, se corre con el art. 9.2 el mismo peligro de la falta de eficacia que el art. 9.2 trata de evitar<sup>20</sup>.

Es necesario pues investigar qué medios arbitra la Constitución que pueden utilizar los poderes públicos para la realización de la tarea que el art. 9.2 les encomienda y analizar las normas constitucionales relativas al régimen económico y social para verificar que son coherentes, o bien contradictorias, y asimismo examinar cuál ha sido la tarea llevada a cabo por la jurisdicción constitucional. Estos serán los principales aspectos que trataremos a continuación.

## 2. LA IGUALDAD EN EL ARTICULO 9.2

### 2.1.- INTRODUCCION

En nuestra Constitución, el espíritu de igualdad tiene una función fundamental e impregna todo el texto. Principalmente expresado en el art. 1.1, entre los valores superiores del



ordenamiento jurídico, y en el art. 14, además de estar en otros artículos implícitamente. (arts. 23, 31, 39, 139, etc.).

El objetivo del art. 9.2 es hacer de la igualdad un "valor real y efectivo", y por ello los poderes públicos tienen que "promover las condiciones" y "remover los obstáculos", que impiden que tal igualdad sea efectiva. Se desprende fácilmente que se reconocen dos tipos de igualdad. Son las denominadas igualdad ante la ley e igualdad efectiva, o también igualdad formal e igualdad real, identificadas como dice Torres del Moral, un tanto simplistamente con las ideologías liberal y socialista o, todavía más imprecisamente, progresista. En los planteamientos hay una nota coincidente; si los sujetos jurídicos económicos y políticos, es decir, si los ciudadanos son iguales, la ley no tiene que cumplir otro requisito que el de su generalidad<sup>21</sup>.

Para el Estado liberal, una vez abolidos los privilegios, consagrada la libertad, igualdad, y proclamada la soberanía nacional, los ciudadanos son iguales; la ley, por eso debe ser general e igual para todos. La igualdad no puede consistir sino en igualdad jurídica o ante la ley, y ello implica la ausencia de discriminación por cualquier circunstancia personal o social. Este tipo de igualdad que era fundamental en la revolución burguesa ha evolucionado ante la crítica surgida en el siglo XIX haciendo evidente que era una forma de justificación de discriminación real.

Un trato igual a los que son desiguales contribuye a consolidar la desigualdad, no lo contrario, por ello es preciso

pasar de la igualdad jurídica a su proyección al ámbito económico. A consecuencia de ello, a partir de la Segunda Guerra Mundial la legislación reviste un carácter social que tiene presente las desigualdades económicas. El Estado del Bienestar en general produce una legislación laboral basada en la idea de que determinados sectores sociales requieren una protección especial si se pretende que su derecho a la igualdad sea posible.

Ahora bien esta legislación de tipo proteccionista ha suscitado una crítica generalizada al poner de manifiesto en algunos casos concretos, que favorece situaciones de privilegio para determinados sectores sociales y económicos que se sirven de ella para consolidar la desigualdad, pero en su provecho.

Luego la igualdad jurídica es anterior y preexistente al afán y necesidad de consecución de la igualdad efectiva y real. El pensamiento socialista destacó que los individuos no son iguales en el punto de partida, y que la igualdad era meta a alcanzar. Sólo una vez conseguida, la ley habría de ser general, incluso no habrá necesidad de leyes. Pero mientras tanto el legislador debe saber distinguir entre las distintas condiciones reales de los ciudadanos, individual o grupalmente considerados.

Es obvio que las dos concepciones de igualdad difieren, ya que la primera se configura en el punto de partida, la segunda en el de llegada; la igualdad jurídica se estima condición ya existente y operante; la igualdad real y efectiva se considera una conquista política. Es lógico que una y otra posición demanden del ordenamiento jurídico un comportamiento distinto.

En nuestro texto constitucional, la igualdad es el objetivo fundamental del artículo 9.2, pero también del artículo 14, aunque con otra dimensión. Es evidente que existe una conexión entre ellos que analizamos en el siguiente epígrafe.

## 2.2.- RELACION ENTRE EL ARTICULO 9.2 Y EL ARTICULO 14

Desde una posición política, como señala Torres del Moral, se suele destacar la especial protección constitucional que el artículo 53 reconoce al artículo 14, la igualdad jurídica, frente a los principios de política social y económica e incluso frente al artículo 9.2. Desde la otra se intenta poner de relieve la importancia de que el artículo 9.2 se ubique en el Título Preliminar, donde se encuentran los principios políticos básicos del régimen que la Constitución instaura, a cuya luz debe interpretarse el resto del articulado constitucional y del ordenamiento jurídico<sup>22</sup>. Ahora bien, en nuestra opinión, estos enfoques no deben suponer dudas o confusionismo, hay que superar visiones decimonónicas de la igualdad y atenernos a una igualdad plena y efectiva, no sólo jurídica. Torres del Moral en este sentido opina:

"La igualdad jurídica es un precepto clásico, de reducido avance, que no puede ser rémora para la igualdad real y efectiva que es una verdadera cláusula de transformación de la sociedad en manos de los poderes públicos, cuyos puntos preferentes de actuación económica se encuentran

definidos en los principios de política social y económica"23.

Se hace pues necesaria una interpretación integradora del principio de igualdad en los artículos 9.2 y 14, ya que se trata de un principio general del Derecho, y como tal, como señala González Salinas, cumple la triple función reconocida en el art. 1 del Código Civil:

- 1) Informar el ordenamiento jurídico.
- 2) Completar la labor interpretativa.
- 3) Llenar las lagunas de la Ley24.

Esta triple función ha de tenerse presente para comprender la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional en relación con este principio.

El hecho de que el texto constitucional prevea que se ha de lograr una igualdad real y efectiva, va cargado de significado y de efecto transformador, pero hay que prestar atención a la interpretación que ha de darse a la igualdad propuesta como meta, y a las medidas pertinentes para lograrla.

La igualdad jurídica no puede prescindir de la orientación política del régimen. La igualdad como tarea política no puede hacerse de espaldas al Derecho, sino que debe encontrar en este su cauce y su límite. El legislador no puede adoptar una concepción formalista de la igualdad como equivalente a la generalidad de la ley, sino que está obligado a atender los

elementos diferenciadores de categorías, grupos y subgrupos de ciudadanos, hasta llegar a la ley de destinatario personal si fuera preciso.

En un Estado social y democrático de Derecho, el legislador está por consiguiente orientado a la igualdad real y efectiva como fin político, pero se encontrará limitado aun dentro de su ideología, por los derechos consagrados de los individuos, y por todos y cada uno de los principios informadores del Estado de Derecho, entre ellos la igualdad jurídica. Luego se puede considerar que la igualdad real y efectiva es estímulo de la función legislativa; y la igualdad jurídica su límite.

A juicio de Alonso García, resulta obvio que el art. 9.2, permite justificar desigualdades formales en aras de la consecución de la igualdad real<sup>22</sup>. Luego, supone pues en principio para nuestro ordenamiento jurídico, la posibilidad de establecer discriminaciones benignas (benign discrimination, reverse discrimination o affirmative action en la terminología anglosajona), posibilidad que es habitualmente admitida como justificación de desigualdades específicas, es decir favorablemente a los grupos que el art. 14 menciona expresamente, pues dice: "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacionalidad, raza, sexo, religión u opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

El hecho de estar recogido el principio de igualdad en los dos artículos citados, plantea el problema de qué tipo de

reformas o transformaciones en la estructura económico-social puede llevar a cabo el Estado en su intento de lograr la igualdad efectiva, es decir "removiendo obstáculos", arbitrando medidas o actuaciones, que además de ser eficaces, sean compatibles con la igualdad formal que se predica en el art. 14. En un primer momento, parece que el contenido en el art. 9.2 o dimensión formal de la igualdad se contraponen al art. 14, pero no es así como veremos.

El art. 9.2, autoriza a los poderes públicos a utilizar determinados medios en favor de algunos sectores en situación de desigualdad, pero tal actuación legislativa que supone una discriminación tiene que venir justificada por el interés público y por el logro de la igualdad real y efectiva, pudiendo ser recurrida la ley de que se trata como inconstitucional en virtud del artículo 161.1, o bien solicitar la persona afectada por la actuación de los poderes públicos el recurso de amparo del Tribunal Constitucional en virtud del art. 53.2. La ley recurrida puede ser cualquiera que produzca una desnivelación entre la igualdad formal que se ve alterada y la igualdad real y efectiva que se pretende conseguir. La igualdad que reconoce el art. 14, también puede ser invocada en el Tribunal ordinario.

En la Sentencia de 5 de Noviembre de 1980, el Tribunal Supremo trató de eludir la responsabilidad de aplicar directamente el art. 14 de la Constitución, alegando que se trataba de un principio programático, desprovisto de eficacia normativa inmediata. El Tribunal Constitucional ha salido al paso de esta inercia jurisprudencial sentando que el art. 14 vincula a

todos los poderes públicos incluido el legislativo y es de aplicación inmediata<sup>26</sup>.

En nuestro país el Tribunal Constitucional lo ha utilizado frecuentemente, como se ha puesto de relieve; pero como indica Alonso García, el que el Tribunal Constitucional lo utilice no debe significar que el legislador no esté legitimado para establecer desigualdades cuya única justificación es la consecución de la igualdad real<sup>27</sup>.

A continuación examinaremos cuál ha sido la aplicación del principio de igualdad por el Tribunal Constitucional, en la realidad social y laboral, y cuáles han sido las consecuencias transformadoras de esta jurisprudencia.

### 3. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL : CRITERIOS DE SU JURISPRUDENCIA SOBRE LA IGUALDAD

El Tribunal Constitucional<sup>28</sup> a través de sus sentencias ha perfilado el significado del contenido del art. 14 que constituye fundamentalmente un derecho subjetivo de todo español a recibir un trato igual. Ha diferenciado y delimitado entre igualdad jurídica, esto es, en "la aplicación de la ley", e igualdad material, o el principio político de igualdad.

Aunque de modo zigzagueante, en expresión de Torres del Moral, el Tribunal Constitucional ha asentado una importante jurisprudencia sobre este principio<sup>29</sup>. Como expresa el Tribunal,

el art. 14 de la Constitución, al establecer el principio general de la igualdad ante la ley, limita el poder legislativo y el de los demás operadores jurídicos. Esta igualdad jurídica no comporta necesariamente una igualdad material, real y efectiva, sino que significa que a supuestos de hecho iguales, se aplicarán consecuencias jurídicas iguales, y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho, tiene que haber una justificación suficiente, fundada, y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados<sup>30</sup>.

Corresponde al Tribunal Constitucional, -por recurso o cuestión de inconstitucionalidad, según el caso-, determinar si la singularidad de trato tiene una finalidad objetiva que excluye la arbitrariedad, y si, una vez demostrada la conveniencia de tal actuación, existe una proporcionalidad en el trato dado<sup>31</sup>.

Por lo que al juez se refiere, el Tribunal ha establecido que un mismo órgano jurisdiccional no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente idénticos, salvo que ofrezca justificación suficiente y razonable. En cambio, órganos jurisdiccionales distintos pueden fallar de modo diferente porque el principio de igualdad no puede anular el de la independencia judicial.

Hasta ahora nos referimos a la igualdad jurídica. Pero el Tribunal Constitucional apoyándose en ocasiones en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, da entrada en su jurisprudencia al principio político de igualdad, que puede conducir al legislador



a introducir conscientemente ciertas diferencias de tratamiento jurídico con vistas a conseguir una igualdad real y efectiva<sup>22</sup>.

El criterio más utilizado por los dos tribunales es el de la proporcionalidad entre la finalidad constitucionalmente lícita de propiciar una igualdad real y efectiva, y los medios empleados para ello. El Tribunal Europeo, desde hace dos décadas, viene sosteniendo que ciertas desigualdades de derecho tienden a corregir desigualdades de hecho y por ende a conseguir una igualdad real. Para valorar tales actuaciones debe ponerse esa finalidad (que ha de ser legítima) y los efectos de la medida examinada con los medios empleados, todo ello a la luz de los principios que generalmente prevalecen en las sociedades democráticas<sup>23</sup>.

Como dice Torres del Moral, el Tribunal Europeo aporta con ello otra idea para una siempre relativa precisión de este criterio: esos juicios de valor generalmente aceptados, no son cualesquiera juicios socialmente extendidos, sino los que prevalecen en las sociedades democráticas en cuanto democráticas<sup>24</sup>.

El Tribunal Constitucional adopta también el criterio de que se debe tener en cuenta, asimismo, los efectos de la medida adoptada, puesto que en función de la igualdad real y efectiva, no se puede dar lugar a resultados contrarios a los derechos y libertades constitucionales ni pueden producirse normas contrarias a otros principios de la Constitución, como tampoco se puede con tal motivo vulnerar el principio jurídico de igualdad,

el cual rechaza las diferencias discriminatorias. Dicho en otras palabras: el principio político de igualdad orienta al legislador; el principio de igualdad jurídica lo limita.

Se hace evidente, que la igualdad en la aplicación de la ley no constituye una obligación de trato igual a supuestos de hecho idénticos indefinidamente, pues iría contra la dinámica jurídica que como se expresa en las SSTC 63/1984, de 21 de Mayo, y 49/1985, de 28 de Mayo, "se manifiesta no sólo en una modificación normativa, sino también en una razonable evolución en la interpretación y aplicación de la legalidad, concretada en un cambio de criterio que legitime las diferencias de tratamiento"<sup>22</sup>.

En recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por vulneración del artículo 14, es donde dicho Tribunal ha de comprobar los motivos, razonables y suficientes, del cambio de criterio, en orden a evitar la arbitrariedad e inseguridad jurídica<sup>23</sup>. Los elementos precisos para que el recurso prospere son:

19) Habrá que cotejar los hechos con los precedentes de una jurisprudencia ya consolidada. Así se expresa en las SSTC 63/1984 y 64/1984, ambas de 21 de mayo.

22) Tiene que haber plena identidad entre los supuestos de hecho.

32) Tiene que haber un cambio de criterio inmotivado o arbitrario.

Sólo con estos supuestos, si el Tribunal Constitucional considera la inexistencia de fundamentos suficientes y razonables para un cambio jurisprudencial, procederá a otorgar amparo. Pero el Tribunal Constitucional no puede sustituir al órgano judicial competente en la interpretación de la ley, y tras el recurso de amparo, la restitución de la igualdad vulnerada se produce decretando la nulidad de la sentencia impugnada, y dejando en absoluta libertad de criterio al juez o tribunal autor de la misma, dando lugar a que se siga la línea jurisprudencial que se abandonó, o se mantenga un cambio de criterio basado en fundamentos suficientes, proporcionados o razonables.

El Tribunal Constitucional no ha perfilado todavía una línea clara en la recepción de las llamadas "discriminaciones benignas", pero los casos en los que las ha aceptado, las ha justificado precisamente en razón del cumplimiento del mandato constitucional que impone a los poderes públicos la procura de la igualdad real y efectiva<sup>37</sup>.

De fundamental importancia es el razonamiento del Tribunal Constitucional en la Sentencia 3/1983, de 24 de Enero, donde se afirma que el art. 14 de la Constitución no excluye la "propia necesidad del establecimiento de un trato desigual que recaiga sobre los supuestos de hecho que, en sí mismos, son desiguales y tengan por función precisamente contribuir al restablecimiento o promoción de la igualdad real, ya que en tal caso la diferencia

de régimen jurídico no sólo se opone al principio de igualdad, sino que aparece exigida por dicho principio y constituye instrumento ineludible para su debida efectividad".

En esta Sentencia se acepta tácitamente, la relación que identifica "lo razonable" en el artículo 14 de la Constitución, con la medida de promoción de la igualdad real del artículo 9.2, de manera que, como ya hemos formulado, toda distinción de la que resulte una disminución de las diferencias sociales o económicas sería razonable y no arbitraria. Pero de ello no sería procedente deducir que el Tribunal ha aceptado, sin ninguna otra precisión, tomar a la igualdad real o igualdad de oportunidades siempre como medida de lo razonable.

Así, cuando la Sentencia de 20 de Julio de 1981 establece que la igualdad del sistema tributario implica, de acuerdo con el artículo 31.1 de la Constitución, la progresividad impositiva, el Tribunal cuida de señalar que este trato diferente, "no puede ser, a estos efectos, simplemente reconducido a los términos del artículo 14 de la Constitución".

Se puede afirmar, que parece haber una tendencia a separar el mandato del artículo 9.2, del artículo 14; no es difícil encontrar su razón de ser en la reserva del Tribunal a no quedar vinculado por una doctrina que, de modo tan claro, ligara la posibilidad de la igualdad real con el instrumento formal de la igualdad jurídica. El fundamento definitivo del Tribunal en esta línea se halla en la Sentencia 49/82. En el fundamento jurídico segundo se dice "que, la igualdad jurídica o igualdad ante la ley

no comporta necesariamente una igualdad material o igualdad económica real y efectiva"<sup>39</sup>. Al usar la palabra "necesariamente", el Tribunal parece reservarse la posibilidad de que la noción de igualdad abarque también la igualdad real y efectiva, cuando aparezca "como fundada y razonable de acuerdo con los criterios y juicios de valor generalmente aceptados".

A continuación, comentaremos jurisprudencia constitucional concerniente a la aplicación y consecución del principio de igualdad en relaciones laborales y económicas, ya que es en esta esfera de la vida social, donde se manifiesta de forma más destacada la influencia del ordenamiento jurídico.

### 3.1.- CASOS CONCRETOS DE APLICACION DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN MATERIA LABORAL Y ECONOMICA

Los temas de discriminación en general en materia laboral son extraordinariamente complejos y difíciles, y las razones, resultan evidentes. Por ejemplo, si las condiciones de trabajo en un caso determinado son distintas para hombre y mujer, penetrar en su naturaleza para comprobar primero que la discriminación existe, analizar el motivo, y precisar después cuál debe ser la decisión que la remedia, son los problemas que va afrontando el Tribunal Constitucional en su función o intento de configurar un modelo igualitario y no discriminatorio de relaciones laborales.

Pero no siempre ha habido una línea decidida y clara en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Citemos por ejemplo,

algunas sentencias aunque vayan a ser comentadas detenidamente, como la Sentencia de amparo de 20 de Noviembre de 1981 a propósito de un presunto despido discriminatorio por actividad representativa, que no tuvo un planteamiento muy afortunado<sup>40</sup>, al revisarse a distancia unos hechos probados que negaban la discriminación. Tampoco lo fue, el nuevo intento de la Sentencia de 5 de Mayo de 1982, al haber tenido que abordar, y quizá haberlo dejado de hacer en su plenitud, un crucial tema de retroactividad o irretroactividad de las normas de seguridad social<sup>41</sup>. Las Sentencias de 14 y 22 de Julio de 1982 tropezaron a su vez con la circunstancia de que la discriminación posiblemente existente, en cuanto a las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial, -había sido ya corregida al haber unificado el Tribunal Supremo la doctrina discrepante de las Audiencias Territoriales a través de sentencias en recurso de revisión.

Pero con estas Sentencias y algunas otras, el Tribunal Constitucional fue elaborando un cuerpo de doctrina, uno de cuyos datos más sobresalientes es que el principio discriminatorio "significa que a los supuestos de hecho iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también"<sup>42</sup>.

Pero pasemos a analizar algunas de las Sentencias más representativas en que se ha aplicado el principio de igualdad y que han significado cambios importantes en la línea hasta entonces seguida. En primer lugar el aspecto referido a discriminación laboral por razón de sexo: concretamente el art. 35, referido al derecho y deber de trabajar expresa

taxativamente: "...sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo". Es evidente que en la práctica, valorar los casos de discriminación en materia laboral, que además son frecuentes, supone investigar diversas facetas.

Muy recientemente, (9 de junio de 1988), el Pleno del Parlamento Europeo en su informe sobre *"La situación laboral de las mujeres en España y Portugal"*, reconoce que en la práctica, persisten discriminaciones por razón de sexo respecto a remuneraciones, posibilidades de acceso y promoción, así como en otros diferentes aspectos del mercado de trabajo, a pesar de que las Constituciones de ambos países garantizan la igualdad de oportunidades.

Concretamente en nuestro país, la nueva creación del Ministerio de Asuntos Sociales se considera como un esfuerzo más, dentro de la perspectiva socialista para corregir las desigualdades. Es pues una actuación concreta, dentro de todas las posibles medidas a tomar, para conseguir la realización de la igualdad efectiva, que postula el artículo 9.2. También como un avance en la consecución de la igualdad se puede valorar la Orden Ministerial (BOE, 7 junio 1988) por la que la Seguridad Social reconoce a los hombres que sufran lesiones, mutilaciones y deformaciones de carácter definitivo y no invalidantes, causadas por accidente de trabajo o enfermedad profesional, indemnizaciones de igual cuantía que las aplicadas a las mujeres. Dicha Orden del Ministerio de Trabajo se acoge al artículo 14 de la Constitución, y modifica el baremo que existía hasta el

momento, por el que se indemnizaba en mayor cuantía las lesiones en cara y cabeza, si la persona afectada era una mujer.

También en esta línea de consecución de la igualdad se inscribe la reforma del Código Civil por la reciente Ley 11/1990, (BOE, 19-10-90) que, "pretende eliminar las discriminaciones por razón de sexo que aún perduran en la legislación civil y perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de igualdad".

Por dicha ley se suprime en caso de separación los privilegios de la madre respecto a los hijos menores de edad, se suprime el término "mujer" y "esposa" por el de cónyuge y se extiende las reformas a los cónyuges de nacionalidades distintas, ya que hasta ahora el marido tenía el privilegio de que las relaciones económicas se arbitraran según las normas de derecho privado de su nacionalidad. Asimismo se modifica el art. 1066 del Código Civil que implica que "cuando un mismo título comprenda varias fincas adjudicadas a diversos coherederos, o una sola que se haya dividido entre dos o más, el título quedaría en poder del más interesado en la finca o fincas.

Si el interés fuera igual, el título se entregará a falta de acuerdo a quien por suerte corresponda". Antes de esta reforma prevalecía el interés del varón.

La Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 19 de diciembre de 1978, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, prohíbe asimismo, que se



establezcan requisitos distintos para el acceso a las prestaciones así como en su cuantía, según se trate de beneficiarios de uno u otro sexo.

Son numerosas las Sentencias del Tribunal Constitucional sobre este problema. Hemos comentado en el Tema VI, la Sentencia referida a la discriminación de aeromozos, que es una de las más representativas de los últimos tiempos y que ha marcado una línea a seguir. Pero veamos algunas Sentencias concretas como la Sentencia nº 81/1982 en recurso de amparo nº 58/1982 de la Sala 2ª (BOE de 15 de Enero de 1982). La Sentencia va a comparar las condiciones de trabajo de los hombres con las de las mujeres, comprobar que son distintas, afirmar que a su juicio son más favorables las de las mujeres y decidir que por ello los hombres "están discriminados" (la expresión está en el Fallo), y que debe cesar su discriminación de forma que sus salarios y condiciones de trabajo sean iguales a las de la mujer. Se trata de personal sanitario auxiliar, de turnos de noche y de retribución de horas extraordinarias que se computan de forma distinta si son nocturnas o no. La Sentencia se limita a reconocer el derecho de los demandantes a no ser discriminados, pero rechaza el Tribunal que le corresponda fijar el régimen de las horas extraordinarias que queda fuera de la jurisdicción de este Tribunal<sup>42</sup>. Pero este es un caso en que quizás una desigualdad de trato hubiera conducido a una igualdad efectiva y real; es probable que la abstención de conocer totalmente hubiera sido más adecuada, pues al no ser así, se llega a que la protección que se daba en el pasado al discriminado, la mujer, se considera un agravio para el que era el privilegiado, el hombre. Y en nuestra opinión, parece

poco oportuno que el Tribunal Constitucional afirma que no le corresponde "establecer las repercusiones económicas de su decisión", pues si fuese en caso de amparo individual aún resultaría más aceptable, pero en el caso de colectivos numerosos, tiene más repercusión su decisión de abstención.

Relacionada con el derecho a la huelga y el artículo 9.2 está la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981 que supone una nueva dimensión que modifica el modelo normativo consagrado en el Decreto-Ley de relaciones de trabajo, al ampliar el margen de licitud del mismo como consecuencia del fallo, y al abogar por una interpretación en algunos puntos no en todos, liberalizadora de los distintos aspectos configuradores del derecho de huelga. De la Sentencia se desprende por una parte, la depuración de los residuos intervencionistas más destacados cuyo propósito no era otro que obstaculizar el derecho de huelga, lo que no es novedad absoluta pues ya anteriormente Tribunales de Justicia habían interpretado generosamente los requisitos del ejercicio del derecho de huelga. La conexión con el art. 9.2 aparece en el fundamento nº 12 cuando, en su párrafo segundo reitera la "muy clara conexión entre la consagración constitucional, y la idea de consecución de igualdad económica y social".

Pero a juicio del Tribunal, sólo los trabajadores, con una relación jurídico laboral son acreedores del derecho de huelga reconocido en el art. 28.2 de la Constitución. Ha pretendido así orillar la polémica sobre el reconocimiento del derecho a la huelga de los funcionarios públicos, con lo cual en esta

sentencia no se hace aplicación del principio de igualdad referida a ese colectivo.

Una Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de Octubre de 1982 sobre despido indebido por discriminatorio ha sido muy comentada por los juristas. El problema recurrido consiste en que trabajadores elegidos representantes sindicales fueron despedidos al día siguiente de su elección alegando la empresa que razones económicas así lo aconsejaban. Los trabajadores acudieron a Magistratura del Trabajo solicitando la nulidad de despido como contrario a lo dispuesto en los artículos 14 y 28 de la Constitución. La Magistratura declaró nulo el despido por falta de forma, y agotados todos los recursos de la vía judicial acuden al Tribunal Constitucional en amparo, solicitando la nulidad radical del despido por discriminatorio, apareciendo así su conexión con el artículo 9.2<sup>43</sup>.

La Sentencia declara en su fallo la nulidad de los despidos con nulidad radical, añadiendo en su apartado c) que se otorgue el amparo en cuanto a: "restablecer a los recurrentes en la integridad de su derecho o libertad, para lo cual deberán ser readmitidos en la empresa con todo lo demás que procede en los casos de despido nulo, con nulidad radical".

Veamos otro tipo de Sentencia relativa a la discriminación por edad. El 3 de junio de 1980 determinada empresa despidió a uno de sus trabajadores según lo establecido en la disposición adicional 5ª del Estatuto de los Trabajadores. Dicho trabajador tenía sesenta años y llevaba treinta y cinco en la empresa.

Formulada la demanda por despido improcedente y celebrado el juicio sin conciliación, el Magistrado de Trabajo, cumplidos los trámites previstos acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad de la citada Disposición Adicional 5ª del Estatuto de los Trabajadores.

El Tribunal Constitucional en Sentencia de 2 de Julio de 1985 (BOE de 20 de Julio de 1985) establece que, "es inconstitucional interpretar la Disposición Adicional 5ª del Estatuto de los Trabajadores como norma que establece la incapacitación para trabajar a los sesenta y nueve años y de esa forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral a esa edad".

Con esta Sentencia el Tribunal rechaza de plano cualquier lectura del precepto que lleve consigo la incapacitación generalizada por razón de la edad, lo que no impide que se puedan pactar colectivamente edades de jubilación, o que se adopte por los poderes públicos sistemas de política de empleos<sup>44</sup>.

Analicemos otro ejemplo en que el Tribunal Constitucional ha aplicado el principio de igualdad en recurso de amparo. El problema concreto radica en que el Tribunal Central de Trabajo, en Sentencia de 7 de Noviembre de 1981, condiciona el derecho de una señora a percibir pensión de viudedad, a la previa renuncia a la pensión de jubilación, a tenor del régimen de incompatibilidad vigente al producirse el fallecimiento del marido<sup>45</sup>. Derogada en la nueva legislación la necesidad de esta renuncia, se produce que el Tribunal Central está aplicando una legislación que establecía una desigualdad de trato, en lugar de la ley nueva.

Habiendo recurrido la demandante en amparo al Tribunal Constitucional, esta Sentencia establece que se otorga el amparo solicitado por la demandante, se anula la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo en cuanto supedita a la renuncia de la pensión de jubilación la efectividad del derecho de la pensión de viudedad, y reconoce el derecho a la recurrente a recibir dos pensiones a partir del 7 de enero de 1978<sup>44</sup>. Es decir, a partir de la vigencia de la Constitución de 1978, el principio de igualdad recogido en el artículo 9.2 y en el 14 prima sobre cualquier otra norma vigente y la interpretación ha de hacerse conforme al texto constitucional. Muy recientemente se ha producido (Octubre 90), una sentencia del Tribunal Constitucional que reconoce el derecho a los viudos a percibir pensión por el fallecimiento de su esposa si reunía los requisitos pertinentes, con carácter retroactivo, en virtud del principio de igualdad que recoge la Constitución.

Examinemos seguidamente una de las Sentencias más controvertidas del Tribunal Constitucional, tanto por cómo decidió la Sentencia el voto del Presidente de dicho Tribunal, como por el fondo del problema que aún sigue viéndose en los Tribunales. Nos referimos al caso Rumasa que exponemos brevemente, con la dificultad que ello implica.

La autonomía política del poder ejecutivo entraña la potestad de escoger los instrumentos de actuación que estime preferibles. El juicio de constitucionalidad ha de centrarse en si la utilización de la expropiación forzosa con fines de reforma estructural está prevista en nuestra Ley Fundamental y si al ser

utilizado dicho instrumento los poderes públicos respetaron los principios y cauces constitucionales. El Tribunal Constitucional fijó así su atención en los aspectos formales, es decir, en la legitimidad del decreto-ley como vía expropiatoria.

El gobierno, una vez que se optaba por la expropiación, pudo haber recurrido a la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, o dictar una ley materialmente expropiatoria, pero por razones de urgencia se utilizó el decreto-ley. Ciertamente la legitimidad de las leyes singulares y su frecuencia de uso en el ámbito del Derecho Público de la economía es innegable, (véase la expresión "mediante ley" utilizada en los arts. 128 y 131 referidos a nacionalizaciones, intervención de empresas y planificación). Si no queda duda por ello de la legitimidad de las leyes singulares de expropiación, lo que ha sido debatido es si puede instrumentarse por medio de un decreto-ley.

En el caso Rumasa, el Tribunal Constitucional invocó las razones de "extraordinaria y urgente necesidad" para la intervención estatal, exigiendo una acción pública inmediata con el fin de evitar que el estado del grupo económico pudiera "convertirse en un factor determinante de inestabilidad de la situación financiera nacional".

El Tribunal ha sostenido que la vía de Decreto-Ley utilizada por el Gobierno para afectar al derecho de propiedad del art. 33 era correcta, a pesar de que tal disposición formase parte del Título I de la Constitución, Cap. Segundo, Sección 3ª, "De los Derechos y Deberes de los Ciudadanos".

El Tribunal ha rehusado la invocación del principio de igualdad ante la ley, contenido en el art. 14, no teniendo en cuenta que en "otras actuaciones de crisis financieras" los poderes públicos hubieran actuado "con medidas menos restrictivas y enérgicas que las expropiatorias"; al cuestionar el principio de igualdad en situaciones de crisis financieras, el Tribunal demostró, que el principio no tiene relación con los fenómenos de crisis reclamadores de medidas de intervención adecuada a la entidad de las situaciones y a los intereses afectados"<sup>46</sup>.

Reafirmando la jurisprudencia anterior el Tribunal estableció que "la cláusula restrictiva del artículo 86.1 de la Constitución, ("...no podrán afectar...") debe ser entendida de modo tal que ni reduzca a la nada el decreto-ley, que es un instrumento normativo previsto por la Constitución del que es posible hacer uso para dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual (Fundamento 5, sentencia de 4 de Febrero de 1983), ni permita que por decreto-ley se regule el régimen general de los derechos, deberes y libertades del Título I, ni dé pie para que por decreto-ley, se vaya en contra del contenido o elementos esenciales de alguno de tales derechos". (Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 1983).

Luego el juicio de constitucionalidad sobre el decreto-ley de 23 de febrero había de versar, por tanto, sobre su incidencia en aspectos esenciales del régimen de la propiedad. Y este punto es donde el Alto Tribunal se dividió por mitades. La opinión mayoritaria al tener el voto de calidad del Presidente, entendió

que el decreto-ley no se adentraba en el recinto reservado exclusivamente al Parlamento. Pero los magistrados disidentes objetaron que en la medida que la norma operaba una minoración de las garantías del expropiado, debía ser declarada inconstitucional.

Hay que destacar que en el voto particular de ciertos Magistrados, por el que discrepaban de la conformidad del Decreto-Ley con el artículo 86.1 de la Constitución, se ha indicado no obstante, la conveniencia y oportunidad, si no necesidad, de interpretar "el sistema legal heredado", de acuerdo con los principios constitucionales y la realidad social y económica actual, es decir, en el contexto de una economía con un grado de desarrollo y complejidad industrial y financiera muy superior al existente en los años cincuenta<sup>47</sup>.

Resulta evidente que existe una coincidencia entre la argumentación que señalan los Magistrados discrepantes en el voto particular, con la que se desarrolla en este trabajo relativa a la incidencia de la realidad económica y social del momento concreto en la aplicación y realización del texto constitucional. Es preciso que jueces y tribunales en la aplicación de la ley a una situación determinada valoren las circunstancias económicas y sociales concurrentes y procedan a una interpretación que respete su espíritu, pero que supere los condicionamientos que fueron en su tiempo, o son en el presente circunstanciales.

En nuestra opinión esta posición discrepante de los magistrados se adapta mejor al espíritu y letra del texto



constitucional, y en todo este proceso destaca el gran alcance de los instrumentos de intervención económica de que pueden hacer uso los poderes públicos.

Como es sabido, el caso Rumasa continúa y el 14 de diciembre de 1989 la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por unanimidad dictó Sentencia favorable al propietario mayoritario de Rumasa al reconocer que la legalidad le ampara para ejercitar el derecho de reversión sobre una de las empresas expropiadas y reprivatizadas por el Gobierno. La Sentencia declara que la Administración no sólo incumplió los fines de la expropiación en este caso, sino que estableció un procedimiento de reprivatización "ad hoc" y contrario al legalmente establecido.

Posteriormente han tenido lugar varias sentencias más, (1<sup>er</sup> semestre de 1990) que han reconocido al propietario mayoritario, Sr. Ruiz Mateos, el derecho de reversión respecto a algunas de las empresas expropiadas. (Banco del Norte, Compañía de Seguros Atlas, Banco de Toledo, Banco Atlántico, etc.).

La sentencia referida al Banco del Norte reviste la máxima importancia, puesto que el Tribunal Superior de Madrid tiene pendiente de resolución recursos similares. La Sala, rechaza como fines de la expropiación al no haber sido acreditados, "el garantizar los intereses legítimos de terceros", y "los intereses de los depositantes". .

En cuanto a la finalidad de "garantizar la estabilidad del sistema financiero", la sentencia afirma que "no se ha aportado prueba alguna de que la situación del Banco del Norte antes de la expropiación constituyera un peligro real para el sistema financiero", y "la afirmación de la premisa contraria implicaría una evidente omisión de las obligaciones de las autoridades competentes de control y vigilancia que haría extensiva a la fase previa a la expropiación, la ilegalidad de la actuación administrativa en relación con el proceso de reprivatización".

El Tribunal declara que la reprivatización del Banco del Norte no fue ajustada a la legislación del patrimonio y de contrato del Estado, «en cuanto consta haber sido arbitrado un procedimiento de reprivatización "ad hoc", distinto del legalmente establecido, con delegación de funciones públicas, sin base legal conocida, y comprobada infracción de dos prohibiciones de enajenar referidas al porcentaje de acciones enajenadas, y a la condición de litigiosas de las mismas».

En un futuro próximo, van a tener lugar otras sentencias que puede ser similares, ya que el propietario presentó un recurso para que se le reconozca el derecho de reversión por cada una de las empresas que le fueron expropiadas. Y también está pendiente de resolución el recurso por expropiación planteado ante el Tribunal Internacional de Derechos Humanos de Estrasburgo.

El 6 de Noviembre de 1990 la Comisión Europea de Derechos Humanos admitió la demanda del empresario contra la Administración española. La Comisión, reunida en Estrasburgo,

aceptó la "indefensión" alegada por los abogados del Sr. Ruiz-Mateos, con respecto a la expropiación, la falta de equidad y la excesiva duración del procedimiento. Sin embargo la Comisión rechazó la parcialidad del Tribunal Constitucional, la falta de acceso a los Tribunales y la existencia de discriminación.

Después de la decisión de la Comisión de Derechos Humanos, el procedimiento requiere que se busque una solución negociada entre las dos partes, pero con independencia de lo que ocurra en los próximos meses o quizás años, las circunstancias y significación del caso Rumasa nos sugiere que sería necesario arbitrar mecanismos pertinentes para controlar el extraordinario poder político-económico que se ha concentrado en el sector público, y que los medios que nuestra Constitución recoge para controlar las facultades expropiatorias de los poderes públicos son insuficientes. El sentimiento de indefensión e inseguridad que se ha transmitido a los ciudadanos no desaparece con la afirmación del Tribunal Constitucional de que este caso concreto fue una situación excepcional, ya que una estimación del gobierno fue la que decidió el decreto-ley y no hay garantías de que no vuelvan a repetirse similares condiciones.

El caso Rumasa es un grave ejemplo de cómo la actuación de la jurisdicción constitucional puede parecer condicionada por una serie de factores políticos y otras circunstancias que en general afectan a toda jurisdicción y que influyen en el modo en que el artículo 9.2 es aplicado y llevado a la práctica, así como en la controvertida y a veces errática jurisprudencia. En el breve análisis que vamos a hacer de la situación de la justicia en

España, puede estar uno de los motivos de la limitada eficacia que ha tenido el artículo 9.2.

### 3.2.- CARACTERISTICAS Y FACTORES POLITICOS DEL PODER JUDICIAL

Consideremos en líneas generales las características y principales rasgos del poder judicial español que explican muchas de sus actuaciones y el modo en que la Constitución, suprema ley, es aplicada.

Para empezar, hay que recordar que el nuevo sistema democrático de 1978 que tiene el supremo ordenamiento jurídico en la Constitución de ese año, no supuso una purga masiva de la judicatura del régimen franquista<sup>40</sup>. En nuestro país, con un sistema legal de tipo romano-canónico, como dice Toharia, la dinámica legal está pensada a prueba de personas<sup>41</sup>.

El diseño de la figura del juez como funcionario especializado lo hace fácilmente reciclable de un régimen político a otro, lo mismo que el resto de la función pública. Luego gran parte de los que componen el poder judicial actualmente, son personas que ya lo constituían en el anterior sistema político, con todo lo que ello condiciona.

Pero en la composición de la judicatura del nuevo régimen democrático se producen dos circunstancias que ya se daban antes: la grave infradotación de medios materiales y humanos, y la

sobrecarga de trabajo que soportan los jueces y magistrados con las consecuencias que podíamos resumir en lentitud y falta de eficacia.

La Constitución de 1978 establece los órganos de nuestro actual sistema judicial: Consejo General del Poder Judicial<sup>42</sup>, el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional, el Ministerio Fiscal, Jueces y Magistrados; y los principios básicos son la independencia y la sumisión únicamente al imperio de la ley. De su prestigio y respeto depende el estado de la Justicia.

Ahora bien, algunos de estos órganos son de nueva creación, pero los principios citados ya estaban vigentes en el ordenamiento anterior franquista; al igual que otros principios constitucionales actuales tenían similares articulados en algunas Leyes Fundamentales anteriores. Todo ello nos hace resaltar que aparte del acierto que suponga el articulado de nuestra Constitución, y especialmente el carácter innovador del artículo 9.2 que nos ocupa, lo que realmente modifica su alcance, es la interpretación que realizan los jueces o mediadores, que como pudimos analizar en el caso italiano, experimentan a veces una politización muy intensa que condiciona su función, que no supone que sea espontánea o deliberada, sino más bien estructural.

La vigente Constitución introduce cambios en la Administración de Justicia que potencian la función del juez, como es la constitucionalización de la unidad jurisdiccional y la desaparición de las jurisdicciones especiales antes vigentes con lo que se amplía el campo de acción. Asimismo establece el

autogobierno judicial que supone la desvinculación orgánica del Poder Judicial respecto al Ministerio de Justicia, y por tanto del Ejecutivo, además de importantes cambios en la dinámica de la propia carrera judicial. El principio de unidad jurisdiccional es una consecuencia del principio de división de poderes y tiene dos proyecciones: 1ª) Jueces y Tribunales sólo ejercen funciones de naturaleza jurisdiccional, y 2ª) la función jurisdiccional es ejercida exclusivamente por Jueces y Magistrados.

El precedente italiano influyó decisivamente en el diseño y composición del Consejo General del Poder Judicial que estableció la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de Enero, en el que participaban los cuerpos legisladores y los propios miembros del Poder Judicial. El artículo 122.3, que iba a tener una influencia importante en el asociacionismo judicial, establecía que doce de los veinte vocales del Consejo General del Poder Judicial serían nombrados entre Jueces y Magistrados de todas las categorías según estableciera la Ley Orgánica. Este mecanismo de composición favoreció en principio la formación de una asociación judicial única y una polarización excesiva de sus actividades en torno a la elección de los 12 vocales judiciales del Consejo.

Este sistema experimentó importantes reformas al entrar en vigencia la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, que si bien mantuvo el sufragio pasivo de Jueces y Magistrados por exigirlo sin duda alguna el art. 122.3, eliminó el activo, quedando en exclusiva en las Cámaras legislativas. Todos los miembros son elegidos por el Senado y el Congreso, con lo que

aparece una vinculación muy estrecha en su conformación con el resultado político de las elecciones.

Evidentemente la modificación es muy importante y provoca de inmediato el reflexionar sobre el motivo que la suscita y sobre las consecuencias. Nos parece que una razón pudiera ser un sentimiento de desconfianza respecto a la configuración política de la mayoría de los miembros de la carrera judicial. Y referente a los efectos de la reforma, en primer lugar cabe preguntarse si el nuevo sistema electoral es conforme con las precisiones constitucionales, así como también surge el problema de que la elección del Consejo General únicamente a través de la voluntad de las Cortes, puede significar una prolongación de la mayoría gobernante a otras instancias que deberían tener un origen más alejado, no ya de la voluntad popular, sino de los compromisos políticos, para evitar toda posibilidad de deterioro del fundamental valor de la independencia.

Resulta evidente que el gobierno de Jueces se ha sustraído del ejecutivo, y ello es positivo, pero habría que analizar si en virtud de las limitaciones de la democracia representativa los mecanismos de influencia y control no pueden seguir produciéndose, así como del distinto funcionamiento del sistema político según exista mayoría absoluta o no de un partido en el Congreso. Concretamente, la mayor parte del Consejo del Poder Judicial ha sido elegida por el Partido Socialista, lo que supone un riesgo para mantener la independencia del gobierno, conformado por el mismo partido.

La preocupación por el deterioro de la independencia del Poder Judicial es generalizada, y concretamente la Asociación Profesional de la Magistratura, APM, ha hecho públicas duras críticas al Consejo General del Poder Judicial por no actuar de forma independiente en su política de nombramientos e inspectora. La reducción de competencias tras la reforma citada por la ley de 1985 ha limitado a este órgano de gobierno, a meras funciones de nombramiento e inspección de los jueces, y ello ha producido un deslizamiento hacia actividades meramente sancionadoras e investigadoras. A la sociedad en general y a los propios jueces en particular interesa y mucho articular los medios que garanticen esa independencia en el ejercicio del poder judicial.

El Presidente del Consejo General del Poder Judicial, Sr. Hernández Gil, afirmó en los medios de comunicación (ABC, 17-10-89) que la designación por el Parlamento de los miembros del órgano de gobierno de los jueces, «no se ha manifestado nunca en la menor interferencia», y que la independencia del Poder Judicial en España «está no sólo afirmada, sino respetada por el ejecutivo».

Asimismo reiteró que el Consejo General debería asumir un espectro más amplio de competencias, -aparte de la presupuestaria-, en materia de selección de jueces y también en la función legislativa, porque actualmente la presencia de los jueces es muy modesta.

Uno de los medios de defensa de la independencia del poder judicial puede ser las asociaciones<sup>22</sup> profesionales de jueces y



magistrados, situadas precisamente entre el tejido social y la función judicial, cuya función puede centrarse en vigilar y denunciar cualquier interferencia, incluso cuando ésta puede proceder de un uso erróneo o abusivo de las facultades del Consejo General del Poder Judicial. Dichas asociaciones, perdida la función electoral con que nacieron cuando a la mayoría de los vocales del Consejo los elegían los propios jueces, pueden servir ahora con más intensidad la función que también les es propia en defensa de los legítimos intereses profesionales. Entre estos, el que es primordial y coincidente con el interés público exigido por la Constitución, es la independencia judicial.

La Constitución legitima expresamente el asociacionismo, (art. 127.1), y si bien no especifica fines y funciones, expresa textualmente que jueces y magistrados no pueden pertenecer a partidos políticos o sindicatos, luego el asociacionismo es para los jueces el instrumento fundamental de participación en los asuntos públicos en cumplimiento del art. 9.2.

Racientemente, la asociación de Jueces para la Democracia que podría calificarse de tendencia izquierdista, ha planteado en su V Congreso en Junio de 1990, la necesidad de que jueces y magistrados tengan más poder en el desarrollo y control de la política judicial de forma que sean oídos en la renovación del Consejo General, intervengan en la formación de los miembros de la carrera y puedan personarse en los expedientes disciplinarios.

En dicho Congreso hubo duras críticas sobre la gestión del actual Consejo General del Poder Judicial y expresaron su rechazo

al sistema de elección de vocales considerado como, "...un reparto de cuotas de poder entre los grupos parlamentarios".

Jueces para la Democracia plantea la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y sostiene que en lo referente a la elección de los miembros del Consejo, debe asegurar que su composición refleje el pluralismo existente tanto en el seno de la sociedad como muy especialmente en el seno del Poder Judicial. Asimismo en el mismo Congreso se han presentado enmiendas que afirmaban que el Consejo ha incumplido el cometido de velar por la independencia en demasiadas ocasiones y de forma grave; y que la vocación del Consejo General del Poder Judicial de no enfrentarse con el poder político y su deliberada ambigüedad en sus relaciones institucionales han provocado un plegamiento al ejecutivo incompatible con sus responsabilidades orgánicas y constitucionales.

Prosiguiendo en su actitud crítica han manifestado que especialmente en los últimos tiempos no ha intervenido el Consejo como debiera ante la opinión pública, ni ha decidido en el plano de intromisiones en la independencia judicial realizadas por algunos medios de comunicación social que en ciertos casos han llegado al linchamiento moral de algunos jueces. Esta exposición de los principales puntos de crítica por parte de la asociación de Jueces para la Democracia siendo severa, reviste muchos aspectos que resultan incontrovertibles.

Podemos citar algunos casos conocidos en que se ha producido intromisión por la vía disciplinaria en la independencia de los

Tribunales por el órgano, -que en gran parte es político-, encargado de su gobierno. Por ejemplo, incoación de expedientes informativos o actuaciones disciplinarias cada vez que algún juez dicta resoluciones que producen cierta sorpresa o revuelo informativo, (al juez Del Valle, en el caso de la clínica abortista de Madrid, al juez Forteza en el caso de las redadas antiprostitución en Valencia, o al juez de Vigilancia Penitenciaria de Valladolid, en el caso de permiso de salida al condenado por la muerte de la joven Yolanda).

En fecha muy reciente, en Noviembre de 1990 ha tenido lugar la renovación de los miembros del Consejo General del Poder Judicial, y la elección de su presidente que lo es también del Tribunal Supremo. Con motivo de ello se ha actualizado el problema de la excesiva politización en la elección de los miembros vocales, y las críticas se han agudizado. Se ha modificado, como consecuencia de las últimas elecciones, la proporción de vocales que aportan los diferentes grupos políticos, y quizás el nuevo Consejo surgido sea más equilibrado y plural que el que finalizó, pero su futura actuación responderá a eso.

Pero nos parece evidente que la crítica de excesiva politización partidista en la elección de los miembros del Consejo no es subsanable si no se modifica el sistema, pues pretender que partidos políticos intervengan en una institución y no actúen con criterios partidistas es un contrasentido básico. Es necesario si se quiere evitar esto encontrar nuevas fórmulas que la dificulten legalmente.

Hasta ahora hemos comentado los riesgos que acechan a la independencia judicial, incluso provenientes del órgano de su gobierno, pero además hay que tener en cuenta que también el Ejecutivo proyecta su influencia, como se comprueba en una afición manifiesta al uso alternativo del derecho, en anticipos o anuncios de resoluciones y emisión de opinión de miembros del gobierno en temas judiciales, -sin que se respete su independencia y utilizando medios de comunicación<sup>22</sup>-, en el régimen de traslados y jubilaciones, y en el incumplimiento de resoluciones judiciales. Concretamente en un fallo reciente el Tribunal Supremo ha tenido que recordar que la Administración no puede ignorar las resoluciones judiciales por la vía de los hechos consumados. Y ha precisado, -como si fuera necesaria tal reiteración-, que el gobierno tiene que cumplir sus sentencias y no puede alegar "imposibilidad legal y material" para no ejercitar sus resoluciones, como en el reciente caso de los márgenes de los productos farmacéuticos.

Respecto a la posible incidencia de factores de politización en el Tribunal Constitucional, al sistema de composición y el voto de calidad de su Presidente nos parece que puede dar lugar a casos como el ya comentado Rumasa, que ha producido un efecto negativo en la imagen del Tribunal. Algunos magistrados han expresado su opinión en el sentido de que en la elección de los miembros de Tribunal Constitucional debiera haber menos decisión política y una mayor dosis de integración social para fortalecer su independencia. Se propugna, sin pretender sustituir la voluntad parlamentaria, introducir en el sistema de elección una mayor diversificación.

Como no deseamos alargar más este epígrafe, cuya utilidad pretendemos sea la justificación de la zigzagueante y controvertida aplicación de la Constitución, y en especial del art. 9.2 por el poder judicial, finalizamos aquí esta visión rápida del estado de la Administración de Justicia, cuya imagen de lentitud, falta de eficacia, jurisprudencia parcialmente hemenéutica y errática, es necesario modificar. Los procedimientos y los cambios necesarios para ello imaginamos han de ser numerosos y elaborados por expertos, pero en nuestra opinión, lo fundamental estriba en una despolitización del sistema, un autogobierno auténtico, la descentralización de las decisiones y la profesionalidad de la carrera. La autonomía y dignidad económica de los funcionarios que la componen, constituyen los cimientos más firmes del Poder Judicial que España y la Constitución demandan. Asimismo es fundamental el rápido desarrollo de la Ley Orgánica de 1 de julio de 1985 ahora iniciado con la entrada en vigor de la Ley de Demarcación y Planta, la modificación de las leyes procesales que permita su adaptación a la Constitución española, la simplificación de trámites, la agilización de plazos, reclamada imperiosamente por la aplicación de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de Julio de 1989, son algunos de los cambios decisivos que han de llevarse a cabo y que contribuirían a una mayor operatividad y eficacia de la Administración de Justicia, y al mismo tiempo de la Constitución.

La entrada en vigor de la Ley de Demarcación y Planta, por sí sola no parece que sea la solución a las deficiencias que se han mencionado pues voces autorizadas, como la comisión de los

cincuenta y dos jueces de Primera Instancia de Madrid en la Junta celebrada el 9-7-90 han puesto de manifiesto que las previsiones de tal Ley son insuficientes, adolece de falta de adecuación a la realidad judicial, y a pesar de su reciente aprobación ha ocasionado una sobrecarga de trabajo en los Juzgados ahora existentes. Por esta razón el Consejo General del Poder Judicial ha propuesto al Ministerio de Justicia el adelantamiento del desarrollo de la Ley de Planta respecto a la creación de órganos civiles, de forma que se pongan en funcionamiento próximamente los Juzgados de Primera Instancia previstos para el bienio 1991-1992.

También en la línea de proponer soluciones a los problemas de lentitud y sobrecarga de trabajo, está la propuesta del Presidente del Tribunal Constitucional de creación de un organismo que "sirva de filtro previo para evitar el colapso del Tribunal Constitucional" que podría ser una nueva Sala del Tribunal Supremo que decidiera sobre los recursos de amparo que se basan en el art. 24 de la Constitución referido al derecho a la tutela efectiva de los jueces y Tribunales, y a las garantías procesales.

Por otra parte es sabido que en el Tribunal Constitucional actualmente está pendiente de Sentencia un total de cuatrocientos siete recursos de inconstitucionalidad y conflictos en materia autonómica que tardarán algunos años antes de ser resueltos.

Resulta innegable que son precisas reformas y modificaciones en la estructura de la Administración de Justicia, así como un

completo desarrollo normativo del texto constitucional, pues aunque ha pasado más de 12 años de su promulgación, aún registra en ciertos aspectos lagunas en su aplicación y desarrollo.

#### 4. LA CONSTITUCION ECONOMICA

Como dice Escribano la idea de que en la Constitución se encuentra diseñado un modelo económico, es ciertamente atractiva por las referencias que contiene a un arquetipo o patrón económico del que puedan decidirse o aplicarse principios y criterios, que resuelvan los problemas de intereses que en las relaciones económicas se plantean frecuentemente entre la actividad pública y la iniciativa privada. Pero la realidad es que un texto nacido del consenso, es difícil que acoja un preciso modelo económico de los formulados en teoría económica. Pero hay otras razones: 1ª La regulación constitucional expresa y recoge intereses y aspiraciones heterogéneas que aparecen como contradictorios, pero que la Constitución se propone armonizar. Pero hay más, pues los fines y objetivos que la Constitución propone conseguir van más allá de un sistema económico dado, en cuanto cristalización histórica de otros fines y valores que se encuentran en un proceso de transformación<sup>24</sup>.

Este aspecto ha sido apuntado por M. Morisi, que opina que uno de los postulados sobre los que se asienta la Constitución española en materia económica lo constituye la "crisis del Estado en el capitalismo maduro"<sup>25</sup>. Nuestro texto fundamental parte de la situación de "crisis", en su más amplio y profundo

significado, en que se encuentra el modelo económico que en la práctica se ha venido desarrollando en nuestro país, y se propone un cambio, una transformación de sus características tradicionales, ofreciendo para ello no otro modelo distinto, inexistente por demás, sino una serie de instrumentos o materiales diversos (de transcendencia jurídica y política) que pueden y deben hacerlo posible, (esto es, que son suficientes y que hay que ponerlos en práctica). Aquí reside la explicación última de la heterogeneidad de intereses económicos y de las aparentes contradicciones en que incurre la Constitución al regular la organización de la economía. Desde esta perspectiva ni existe una antinomia constitucional, ni un modelo o sistema económico determinado.

La Constitución, continúa Morisi, formula básicamente un orden económico dentro del cual deben desenvolverse todas las actividades constitucionalmente legítimas para la consecución de los diversos intereses que conviven en la economía<sup>22</sup>.

En relación a la determinación del modelo económico existente o no en la Constitución española, es oportuno recordar las consideraciones vertidas por los magistrados del Tribunal Constitucional, Luis Díez-Picazo, Manuel Díez de Velasco y Plácido Fernández Viagas en un voto particular a la Sentencia del 16 de Noviembre de 1981.

En el mismo se señala que "la Constitución política no garantiza necesariamente un sistema económico ni lo sanciona. Permite el funcionamiento de todos los sistemas que se ajustan a



los parámetros y sólo excluye a aquellos que sean contradictorios con los mismos. Por ello, nos parece que la norma del art. 38, y la referencia a la libre empresa en el marco de la economía social de mercado, permite un sistema económico de economía planificada, por lo menos a través de una planificación indicativa<sup>27</sup>.

Diferentes autores se han preguntado sobre si la Constitución encierra realmente un modelo económico, y sobre cuál es exactamente. Gran parte de ellos considera que efectivamente existe un modelo económico determinado en el texto constitucional. Concretamente el de economía de mercado. En esta posición se mantienen con ligeras variantes, O. Alzaga, G. Ariño, L. Cazorla Prieto, J. Duque, R. Entrena Cuesta, I. Font, F. Garrido Falla, J. Martínez del Val, A. Menéndez y otros varios<sup>27</sup>.

Para otros autores, no resulta tan evidente esto, y opinan que la Constitución presenta un marco económico muy amplio que permite diferentes actuaciones y alternativas, y que de hecho, tal amplitud y ambigüedad es intencionada y objetivo de las diversas fuerzas políticas que participaron en las constituyentes.

En este grupo se puede incluir la línea doctrinal de la "teoría del doble momento", expresión que utiliza A. Garrorena, al escribir: "No hay, pues, indefinición, sino -antes bien- una tangible definición constitucional articulada en dos momentos: el primero de los cuales implica la aceptación del modelo social y económico establecido, mientras que en el segundo se abre a la

constitucionalidad de actitudes o políticas dirigidas a la superación de dicho modelo"".

Otros autores opinan que la Constitución en su regulación de los aspectos económicos, es consecuente con el momento de transición política que vive el país, y asimismo con la crisis económica; y que justifica que el texto constitucional opte por una regulación flexible que permita la evolución hacia fórmulas socializantes. Con diferentes matices, en esta línea de pensamiento se encuentra M. Morisi, M. García Pelayo, J. Esteban, L. López Guerra y V. Santos"".

Frente a esta posición, otro sector doctrinal opina que en la Constitución, con diferentes precisiones, hay dos modelos económicos diferentes o antagónicos que fuerzan a los dirigentes políticos a una opción en un sentido o en otro"". Entre ellos, García Cotarelo, García Echeverría y Sánchez Agesta. Comentemos brevemente sus opiniones.

El primer autor citado, muy próximo a la línea doctrinal mencionada anteriormente afirma: "El resultado ha sido un híbrido curioso que tanto puede presidir la perpetuación de un capitalismo próspero (siempre que se resuelvan los factores de crisis), como una instauración de un socialismo estatal o, incluso, autogestionario"". La Constitución enuncia de entrada, en su opinión, dos tipos de régimen económico y social que no son fácilmente compatibles, aunque con distinta fuerza:

- De un lado, la economía de mercado, que es definición académica del modo de producción capitalista aparece claramente enunciada, aunque, con posterioridad, en el articulado, este modelo sufre una serie de limitaciones substanciales que lo desnaturalizan.
- De otro lado, tanto el Preámbulo como el art. 1, formulan con menos decisión un modelo económico de transición que, a tenor de las regulaciones posteriores, puede llegar a convertirse en una economía planificada socialista.

El resultado de esa bipolaridad y de la ambigüedad que en ella se origina no puede ser otro que un modelo de economía mixta con predominio relativo del sector público, y que paradójicamente<sup>22</sup> es el único modelo que la Constitución no cita de forma expresa. La Constitución trata de sintetizar dos modelos distintos, dos opciones, y ahí se evidencia el intento de llegar a una solución de compromiso entre las diferentes fuerzas políticas con distintos programas económicos.

En el texto constitucional se encuentran rasgos del modelo social del Estado de Bienestar, al mismo tiempo que características del modelo neoliberal que a consecuencia de la crisis económica mundial de 1973 se extiende y consolida a partir de 1975.

Sobre el mismo problema García Echeverría mantiene una posición más radical. Muestra de ello es cuando escribe:

"...nos encontramos ante un texto no sólo incoherente, sobre todo por la colisión de formas de organizar la vida económica (art. 38 y art. 131), sino además incompleto".  
"...la Constitución, no define un orden económico, de manera que la incertidumbre es total en cuanto a la forma de organizar la vida económica"<sup>33</sup>.

Más adelante, afirma que hay una contradicción entre el contenido y los objetivos del sistema político que incluye la Constitución, y el orden económico a través de los derechos individuales que garantiza aquella, y resalta que el texto constitucional plantea un grave problema al recoger en dos artículos, el 38 y el 131, dos sistemas de organización de la vida económica totalmente opuestos.

Sin embargo, Sánchez Agesta le da una consideración distinta al modelo económico cuando escribe:

"...están así yuxtapuestas una opción de economía liberal de mercado y una opción de economía intervenida y planificada que, hasta por su disposición en partes separadas del texto constitucional, no pueden definirse como un sistema de economía mixta, sino como dos opciones abiertas a una política de economía de mercado y una política de economía socialista"<sup>34</sup>.

Esta posición insiste en que la Constitución recoge dos opciones de distinta vinculación política, que en nuestra opinión se articula con el tema que ya vimos del uso alternativo del

derecho, según el momento y las fuerzas políticas que estén en el poder.

La idea más generalizada en la doctrina, con independencia del modelo económico que se estime que fija, es la ambigüedad de la redacción de la Constitución económica, que muchos autores estiman es voluntaria a consecuencia del consenso, o como estiman otros autores, precisamente por la ausencia del consenso, con el fin de que sea un texto abierto, neutral, y flexible que sea capaz de llevar a cabo una transformación social y económica.

Todo ello explica que a veces se regulen algunos aspectos de forma que aparece la Constitución económica como contradictoria o que reúne tendencias opuestas, tratando de dejar abiertas todas las opciones posibles que postulaban las diversas fuerzas políticas constituyentes.

Ahora bien, como es sabido la actuación de los poderes públicos, ha de estar enmarcada por unos principios determinados que son los objetivos orientadores y principios rectores que rigen el texto constitucional, y que actúan como freno. La libertad, legalidad, igualdad, interés general, participación del individuo y de los grupos sociales en las decisiones del sector público, son algunos de los principios que fundamentan la ordenación económica. Por todo ello, por muy neutral o abierta que se pueda suponer la Constitución económica, no lo es sin límite, así como las transformaciones o cambios que pueda efectuar no son radicales, ya que como hemos visto anteriormente, la realidad a partir de determinado estadio se resiste a ser

transformada y en segundo lugar porque en una visión general del texto, una visión integradora y coordinada, permite unos cambios, unas tendencias, unas actuaciones pero no de manera arbitraria. Citemos una frase muy significativa que De Juan Asenjo expresa y resume la idea que hemos comentado:

"Nuestra Constitución económica permite gobernar a fuerzas políticas de distinto signo, pero éstas no pueden hacerlo de cualquier manera. Ni la derecha podrá gobernar de forma reaccionaria, ni la izquierda lo hará usando medios revolucionarios"<sup>22</sup>.

Estimamos que es preciso comprobar qué tipo de derechos socio-económicos relevantes en el aspecto de instrumentos de transformación incluye nuestro texto constitucional, y cuál es su eficacia en la realidad.

#### 4.1.- DERECHOS SOCIOECONOMICOS EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA

Mientras que en la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título Primero están regulados los derechos fundamentales y libertades públicas relacionadas con la dignidad humana, cuya accionabilidad es la máxima que cabe imaginar, en la Sección 2 del mismo Capítulo Primero aparecen derechos subjetivos relacionados con instituciones básicas del orden socioeconómico, pero no han merecido el título de fundamentales, quizás porque no son considerados como emanaciones directas de la dignidad personal. Para su desarrollo se sigue el principio de legalidad, pero no se

precisa ley orgánica. Su protección como derecho subjetivo, se limita a los recursos normales ante los tribunales ordinarios.

Es en esta sección segunda del Capítulo II del Título I, donde se recogen los derechos a la propiedad privada y a la herencia. Como dice García Pelayo, la propiedad privada de los medios de producción es fuente de autoridad sobre las personas que la hacen productiva con su trabajo y, por tanto, transforma el dominio sobre las cosas en autoridad sobre las personas, la cual, dejada a su propia dialéctica puede afectar más a los subordinados a ella, que la autoridad misma del Estado que, al fin y al cabo se refiere a aspectos más abstractos y menos apremiantes de la existencia. Incluso puede afectar a la acción de los poderes públicos. Por eso el derecho de propiedad ha de ser conjugado con los intereses sociales generales y corresponde al Estado garantizar tanto aquel como éstos\*\*.

Realmente la Constitución española sigue esa línea pues:

- 12) Aunque reconozca los derechos de propiedad y herencia, les da un nivel de protección intermedia, por el lugar donde los sitúa en el texto.
- 29) Resalta la función social que ambos derechos deben cumplir, y ordena al legislador que delimite el contenido de tales derechos, de acuerdo con ella.
- 39) Destaca cómo al interés general, debe subordinarse la riqueza del país, cualesquiera que sean sus titulares y

formas; y como instrumento de tal subordinación incluye la expropiación por causa de utilidad pública o interés social, con pago de indemnización, que ni siquiera ha de ser previa. Todo ello ha de ser acorde con la ley, pero según Sentencia del Tribunal Constitucional 111/1983, de 2 de Diciembre, puede ser un Decreto-Ley, como hemos visto al analizar el caso Rumasa.

49) Los poderes públicos tendrán presente este interés general en su actuación relativa a la conservación de bienes culturales y naturales. Es evidente que el centro de gravedad de la propiedad, como destaca Bassols, se ha ido desplazando hacia su vinculación social, de manera que el urbanismo, con unas medidas tendentes a impedir la especulación del suelo y otras que imponen obligaciones concretas a sus propietarios, el medio ambiente, el patrimonio histórico, cultural y artístico, la sanidad pública, la protección de consumidores, la función estatal de procurar una utilización racional de recursos, etc., son otros tantos factores de disciplina del derecho de propiedad y han generado una pluralidad de subsistemas de propiedad en la que este derecho ha perdido definitivamente su configuración unitaria tradicional<sup>47</sup>.

50) En el artículo 129.2 se señala, en esta misma dirección de "factores de disciplina del derecho de propiedad" que los poderes públicos promoverán diversas formas de



participación en la empresa, fomentarán las sociedades cooperativas y facilitarán el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción.

Pero además de estos derechos económicos recogidos en el Capítulo segundo de nuestra Constitución, el Capítulo tercero anuncia un amplio repertorio de derechos sociales, a los que se les niega categoría de derechos subjetivos y quedan desprovistos de las acciones jurídicas correspondientes.

El art. 53.3 aclara: "Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen". Según esto, el ciudadano no está legitimado para acudir ante los tribunales exigiendo una vivienda, un puesto de trabajo, quejándose de la contaminación o reclamando una indemnización por los perjuicios que le ha ocasionado la política inflacionista del gobierno. El art. 53.3 le deniega el derecho subjetivo y las acciones jurídicas pertinentes. Se observa la prudencia del constituyente al disponer que el ciudadano sólo podrá exigir la prestación de los bienes y servicios en la medida que así quede dispuesto por leyes que los desarrollen, pero es evidente que sería preferible la garantía de una mayor eficacia.

García Pelayo señala que si bien el artículo 9.2 encomienda a los poderes públicos "promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean efectivas", no le asigna una potestad concreta; en cambio, el artículo 47 que establece que "todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y

adecuada", añade que para hacer efectivo este derecho los poderes públicos regularán la utilización del suelo "de acuerdo con el interés general para impedir la especulación"<sup>22</sup>.

Y De Juan Asenjo, sobre este aspecto de la eficacia de los derechos socioeconómicos afirma:

"...no nos encontramos ante derechos subjetivos del individuo, cuyo ejercicio depende de su propia decisión, sino ante derechos sociales, cuya realización requiere una conducta positiva de los poderes públicos, sin que la Constitución otorgue al ciudadano acción jurídica para promoverla (art. 53.3). Por otra parte no se trata de principios rectores (es decir, criterios que presiden todas las actuaciones de los poderes públicos), sino de objetivos orientadores (se limitan a indicar la meta hacia la que se debe caminar). Poseen una indudable eficacia impeditiva, en la medida que provocan la inconstitucionalidad de todas las disposiciones que los contradigan. Su eficacia positiva por el contrario es más incierta"<sup>23</sup>.

Estas reflexiones le llevan a expresar que la Constitución económica española, en cuanto norma jurídica que es, ofrece muchas posibilidades, pero es poco lo que asegura; alimenta muchas esperanzas, pero disipa pocos temores<sup>24</sup>. Asimismo opina que la redacción del Capítulo III denota que estamos ante normas jurídicas imperfectas, de eficacia limitada bien porque su contenido es amplio, bien por no indicar el sujeto responsable,

bien por la ausencia de sanciones en caso de incumplimiento. Si se releen con atención observaremos que, raramente se reconoce un derecho a un particular o se impone una obligación de prestación al sector público".

El Estado no se compromete a asegurar unos resultados, sino a realizar una política orientada hacia los objetivos señalados. La terminología empleada es bien ilustrativa; el sector público "promoverá" (arts. 44.1 y 2, 46, 47, 48, 50 y 51.2) "tutelará" (art. 44.1), "velará por" (arts. 40.2, 42 y 45.2), "ampará" (art. 49), "prestará atención" (art. 49), "protegerá" (arts. 39.1, 2 y 4, 43.1, 45.2 y 51.1), "realizará una política orientada a", (arts. 40.1 y 49), "fomentará una política que garantice" (arts. 40.2, 43.3 y 51.2).

Hay que observar que en los arts. 40.2, 41, 46, 50 y 51.1, se emplea la palabra garantizar y que los arts. 43, 45 y 47, reconocen un derecho a la salud, medio ambiente y vivienda. La distinción entre las dos acciones, garantizar y reconocer, está llena de significado.

Sin embargo García de Enterría opina que todos los preceptos constitucionales tienen carácter normativo. Lo expresa así:

"...no todos los artículos de la Constitución tienen un mismo alcance y significación normativa, pero todos rotundamente enuncian efectivas normas jurídicas, sea cual sea su posible indeterminación o imprecisión"<sup>22</sup>.

El Tribunal Constitucional ha ratificado esta última tesis, manteniéndose el criterio de que "la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal, tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos están sujetos a ella"<sup>73</sup>. Es muy numerosa la jurisprudencia a este respecto.

Todo esto es de gran importancia referido a la interpretación de los preceptos que hay en la Constitución con carácter económico. Pues son normas jurídicas que vinculan tanto a los poderes públicos como a los individuos, aunque la Constitución distingue diferentes niveles de protección que van desde el acceso directo al Tribunal Constitucional hasta la tutela directa del juez ordinario en caso de violación de alguno de ellos. Luego no se limitan los preceptos constitucionales a dar recomendaciones o consejos políticos de actuación a los órganos del Estado, sino son mandatos imperativos cuya singularidad estriba en que la norma constitucional utiliza proposiciones finalistas o de resultado para los poderes públicos, que implican necesariamente una medida de comportamiento o de actuación cuya determinación no se encuentra siempre en la propia norma, sino atribuida a los propios órganos que actúan.

Examinaremos seguidamente cuáles son los instrumentos de actuación que el Estado puede utilizar en su gestión económica, los fines que marca el texto constitucional, y la regulación y protección de la actividad económica privada.

#### 4.2.- INSTRUMENTOS ECONOMICOS

En nuestro enfoque de los instrumentos que la Constitución prevé para ser utilizados por los poderes públicos en los procesos de transformaciones estructurales de la economía, está inserto el carácter de mecanismos de ajuste y mantenimiento de la relación entre norma Constitución y la realidad económica. Veamos en primer lugar el art. 38.

El art. 38 reconoca, sin paralelo en el Derecho comparado, la libertad de empresa en el marco de la economía del mercado. Para muchos autores este artículo es la prueba de que la Constitución es de tipo capitalista, pero hay que darle un alcance más amplio y una interpretación global. Como dice Torres del Moral, el citado artículo compromete a los poderes públicos en la garantía de este derecho, pero también en la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general, y en su caso, de la planificación. Los dos primeros conceptos, productividad y exigencia de la economía general habilitan a los poderes públicos para intervenir las empresas, como confirma el artículo 128.2, en orden a reconvertir sectores económicos anticuados y poco productivos<sup>70b1a</sup>.

Sin embargo, en opinión de Ariño Ortiz el artículo 128.2 que reconoce la libre iniciativa pública atenta claramente contra el espíritu del art. 38, que actúa como definición del propio orden económico, la economía de mercado. Se impone por consiguiente un cierto deslinde y delimitación de cuál sea el alcance de esa iniciativa pública<sup>74</sup>.

Hay que precisar que la intervención por el Estado de una empresa no afecta a su titularidad sino sólo a su gestión; se trata de una medida de defensa de la empresa del sector privado y de la economía del mercado, aunque se haga con fondos públicos, en razón del interés general. La empresa deja de ser considerada desde una perspectiva puramente patrimonial, y pasa a ser un ente cuyo interés colectivo trasciende al de los poseedores del poder económico de la misma.

También hay que subrayar que el art. 387<sup>a</sup>, no exige plena libertad de todos los empresarios en todas las situaciones en que se encuentren, sino que los poderes públicos pueden establecer obligaciones concretas a empresarios concretos en especiales sectores de la vida económica, la cual sigue rigiéndose por las normas de la economía de mercado. El Estado, dice el Tribunal Constitucional en Sentencia de 16 de noviembre de 1981, puede determinar el ámbito de la actividad libre del empresario mercantil y regular la forma en que nacen y se extinguen los derechos y obligaciones a los que el ejercicio de esa actividad pueda dar lugar, y el contenido necesario de aquéllos y éstas.

Se deduce de esto, que no existe un contenido esencial previo de la libertad de empresa que la Constitución reconoce, sino que dicho contenido esencial es el que se desprende de la regulación constitucional de este derecho, y del sistema económico todo. Luego la libertad de empresa, aun incluida en la Constitución, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, está muy disciplinada.

Consideremos a continuación el instrumento de planificación. Debido al carácter netamente intervencionista del Estado del Bienestar en España, no es extraño que una de las funciones económicas más importantes del Estado sea trazar la planificación de la gestión económica pública y en cierta forma por estar en estrecha relación, la del sector privado.

En las Constituciones recientes occidentales, a excepción de la portuguesa, no se incluye el tema planificación sobre el que existe un cierto reparo ideológico. Sin embargo en nuestro texto constitucional se aborda el tema de forma abierta, y al redactar la Constitución todas las fuerzas políticas consideraron a la planificación como un instrumento que podía hacer posible en determinado momento las reformas estructurales que tenían en sus programas políticos. Asimismo sindicatos y empresarios vieron en la planificación un campo de acción en el cual poder incidir.

El artículo 131.1 atribuye al Estado la posibilidad de planificar la actividad económica-general en un marco de fines y objetivos socioeconómicos que por diversos preceptos constitucionales, (arts. 9.2 y 40), le resultan vinculantes.

La planificación que la Constitución diseña es democrática en tanto que ha de ser aprobada por las Cortes, y participativa es tanto que el art. 131.2 expresa de forma evidente el principio de democracia económica propugnado por el art. 9.2. Ya que los proyectos de planificación habrán de contar con la colaboración de sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas. Luego una de las novedades que aporta la técnica

planificadora en nuestro texto es el abandono de los moldes reducidos de la democracia liberal burguesa, dando participación a los grupos socioeconómicos más relevantes.

Se produce una conexión entre los arts. 38 y 131 incidiendo ambos en la planificación ya que la libertad del empresario está sometida a las exigencias de la economía general y de la planificación (art. 38), pero en otro aspecto, el planificador está obligado a respetar el contenido esencial de dicha libertad (art. 53.1).

Pero una de las cuestiones que plantea el diseño constitucional de la planificación es saber qué tipo de planificación considera y cuál ha sido su proyección real.

En opinión de M. Bassols, la pretensión de calificar de antemano el modelo de nuestra planificación como imperativa o indicativa... resulta metodológicamente incorrecta por cuanto deberá verificar su legitimidad y compatibilidad en el contexto de los preceptos y parámetros constitucionales y, en particular, con el ámbito de actuación económica reservada a la iniciativa privada"; pero, en definitiva, la planificación, -dice también- deberá garantizar el ejercicio de la libre empresa, defender su productividad y sus directivas tendrán que ser compatibles con la libre decisión empresarial, de modo que si exige "la adopción de directrices coactivas o imperativas, su imposición, para no vulnerar la libertad de empresa... deberá tener lugar a través de la vía concertada o convencional" 74.



Todo ello parece suponer una regulación complementaria en determinadas situaciones; en cambio para García Cotarelo, dependerá de las concepciones económicas del partido en el poder que la planificación tenga un carácter más o menos indicativo, más o menos imperativo<sup>77</sup>. Evidentemente este razonamiento es muy realista, ya que vincula la realización de contenido de un artículo, a la tendencia política existente en el poder en ese momento.

Por otro lado C. Alborch señala que la Constitución no explicita en ningún lugar a qué tipo de planificación se refiere, indicativa, imperativa, etc., debido a que la primera es compatible con la economía de libre mercado, pero no lo es la segunda. Luego, si como parece establecer la Constitución, será el gobierno quien elabore los proyectos de planificación, su contenido dependerá de las concepciones del partido que esté en el poder<sup>78</sup>.

También García Echeverría incide en este factor político como determinante último. En su opinión, la Constitución española no garantiza en ninguno de los casos un orden de economía de mercado. Dependerá de cuál sea el gobierno en el poder y de su programa el aplicar uno u otro de los textos de la Ley Fundamental. Luego se producen dos incongruencias: la fijación de dos órdenes económicos que se excluyen mutuamente como formas de la vida económica y social, y por otro lado la incompatibilidad del orden económico que impone una planificación, si ésta se refiere a la intervención del Estado en el desarrollo de los

procesos económicos, con los derechos fundamentales individuales, tan destacados en la Constitución.

Por ello resulta necesario, que a nivel de la prevista legislación orgánica, se colmen las lagunas existentes sobre la determinación del orden económico y sobre la definición del papel del Estado en la Economía, concretando el contenido que debe darse a la actividad planificadora del art. 131, tal como se ha señalado anteriormente<sup>77</sup>. De esta forma la incidencia del factor político sería menor.

Y refiriéndonos a otros artículos, véase cómo el art. 27 (Sección Primera) otorga derecho a una enseñanza gratuita básica. Todo ciudadano puede reclamar amparo directo al Tribunal Constitucional por no haber sido admitido en un centro público; el Tribunal ordenará su admisión, pero si ya no quedan plazas, o fondos para conceder una beca en un centro privado, el individuo no verá resueltos sus problemas, aunque le sea reconocido su derecho. Y lo mismo se puede decir respecto al derecho al trabajo, que comentaremos más adelante.

Resulta evidente en la práctica que la eficacia de derechos que se refieren a vivienda, trabajo, salud, medio ambiente, no depende tanto de la accionabilidad jurídica que otorga la Constitución, como de la existencia de unas instituciones dotadas de los medios pertinentes para el cumplimiento de esta función. Es cierto que los poderes públicos en última instancia habrán de responder ante el electorado de su inactividad o negligencia para acercarse a los objetivos asumidos en el compromiso

constitucional. Esta responsabilidad política puede ser un buen catalizador de la actividad pública en el ámbito socioeconómico. No obstante, su eficacia para el control democrático de dicha actividad es lejana e incierta. Según dice De Juan Asenjo, el instrumento más ágil para asegurar dicho control lo suministra el art. 31.2 que introduce por primera vez en el derecho constitucional el principio de equidad en la asignación del gasto público<sup>90</sup>. Y hay que tener en cuenta que no se trata de un objetivo orientador, sino de un principio que ha de estar presente en toda asignación de gasto público.

Todo lo dicho hasta aquí, respecto a la eficacia de los derechos socioeconómicos es válido para el derecho al trabajo, derecho social básico, del que nos ocupamos a continuación.

#### 4.3. REFERENCIA AL DERECHO AL TRABAJO

La inserción del "derecho al trabajo" en los textos constitucionales es muy reciente, y plantea del modo más evidente la tensión existente entre lo que la voluntad del constituyente expresa y la forma material en que se traduce en la realidad.

El art. 35 garantiza el derecho subjetivo al trabajo, mas no revela el sujeto obligado a suministrarlo. El sector público a lo que se obliga es a realizar una política de pleno empleo, o a colocar a los parados. E incluso si el juez obligase al sector público a dar ocupación a los obreros en paro, podría darse muy

bien el caso de que no dispusiera de puestos de trabajo para repartir, o de fondos para atender el seguro de desempleo.

La ubicación del precepto en el texto constitucional lo dota de unas características específicas. Así, el deber al trabajo constitucionalmente establecido no constituye una obligación en sentido jurídico estricto sino más bien una valoración de carácter metajurídico, por lo que en modo alguno significa que nadie vaya obligado compulsivamente a trabajar.

Por otro lado no se trata tampoco de un auténtico derecho de crédito de cumplimiento exigible ante los Tribunales por mucho que fuera esto deseable. De hecho, la propia Constitución reconoce la posibilidad de que haya ciudadanos que carezcan de un puesto de trabajo, cuando obliga a los poderes públicos a mantener un régimen de seguridad social que atienda entre otras, las situaciones de desempleo (art. 41). Por tanto el derecho al trabajo no trasciende, en el sentido de derecho "a un puesto de trabajo", de un principio programático que, eso sí, vincula a todos los poderes públicos, (art. 53.1), y que ha de analizarse en relación con otros muchos preceptos constitucionales (en general, todos los relativos al Estado social). Es de señalar, respecto al sujeto activo del derecho, que se reconoce exclusivamente a los españoles, siendo, por tanto, posible imponer restricciones a los extranjeros en el ejercicio de este derecho en España.

J. de Esteban se pregunta: ¿Quiere decir la Constitución que todo ciudadano tiene derecho a exigir a los poderes públicos que

se le proporcione un puesto de trabajo? Desde luego hay que descartar que la afirmación constitucional suponga el derecho a cualquier puesto de trabajo... Pero incluso reduciendo el "derecho al trabajo" a su significado mínimo no desaparecen las dificultades. En primer lugar porque sólo la planificación puede desterrar del mundo económico el fantasma del paro<sup>1</sup>.

Como ya hemos citado en otro punto del mismo tema, la planificación se puede considerar como premisa fundamental y anterior del derecho al trabajo, en cuanto a su posible eficacia.

En la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de Julio de 1981<sup>2</sup> se prueba de forma patente la debilidad jurídica intrínseca del derecho al trabajo. En esta ocasión el Tribunal comenzó por distinguir una dimensión colectiva y otra individual. La primera se reconduce al objetivo del art. 40.1 "política de pleno empleo", que por desgracia, puede muy bien coexistir con varios millones de trabajadores en paro forzoso.

La dimensión individual no confiere el derecho subjetivo<sup>3</sup> a un determinado puesto de trabajo, sino que se diluye en el principio genérico de igualdad: "igual derecho de todos a un puesto de trabajo". Con el ánimo de dotar al artículo 35.1 de la máxima fuerza jurídica, el magistrado ponente dedujo dos corolarios muy concretos y trascendentes: inconstitucionalidad del despido sin causa justa e inconstitucionalidad del establecimiento incondicionado de la jubilación forzosa.

La eficacia de este derecho no depende exclusivamente de la protección o accionabilidad jurídica que se deduce del texto constitucional, sino de la operatividad de un sistema que dotado de medios provea de puestos de trabajo, y realice una política eficaz en ese sentido. Hay que destacar que la posible actuación de los poderes públicos para tutelar el derecho al trabajo, aparte de ser diversa, ha de hacer compatible este derecho, con otros que la Constitución recoge y reconoce, como el de libre empresa, iniciativa privada, etc., es decir, derechos que no pueden ser limitados o rebajados.

Luego, una parcela de la actividad estatal será crear el marco que permita el derecho y la posibilidad de trabajo para todos, apareciendo así que la igualdad es una premisa anterior y que para lograr que el trabajo sea accesible a todos, puede ser necesario aplicar medidas desiguales en la búsqueda de la igualdad efectiva, que como vimos en el epígrafe anterior es el objetivo del artículo 9.2.

Un aspecto concreto de la actuación estatal relativo a la igualdad es la regulación de acceso o elección del trabajo profesional. El derecho a elegir profesión o carrera puede ser limitado debido a factores socioeconómicos, basándose en razones de interés general, que pueden ser concretas y actuales, o bien previsiones futuras. Es evidente que hay que armonizar esta limitación a un sector de la población en su elección profesional, con el contenido del artículo 9.2 que propugna una igualdad real. El factor interés común, y la interpretación

integradora del principio de igualdad jurídica y real son elementos decisivos en esta armonización.

Respecto al derecho al trabajo de la mujer en nuestro país, no basta la consideración del principio de igualdad formal del artículo 14, sino que para que pueda tener alguna efectividad el art. 35, habrá que partir del logro de la igualdad real que propugna el art. 9.2, y que en el caso de la mujer está aún lejos de conseguirla.

Lo que sí se ha producido, es una incorporación masiva de la mujer al mundo del trabajo<sup>24</sup>. Se puede comprobar de hecho un cambio en la estructura interna de la población activa española, especialmente en el período 1975-1988, con repercusión en la cifra de trabajadores en paro. Aún así, España es el último país de la Comunidad Europea, junto con Irlanda en la participación de la mujer en el trabajo. Según el censo de la población activa de los doce países comunitarios, la mujer sólo alcanza el 21% de ocupación en nuestro país. En cuanto a la distribución por sectores, al sector de servicios corresponde algo más del 69%, a la industria un 16,8% y a la agricultura el 13,8%.

De hecho en España se está produciendo en general un proceso de "terciarización adelantada" en términos de C. Clark<sup>25</sup>, y la mujer con su incorporación a este tipo de trabajos, contribuye a ello. Pero debido a la dificultad de regularizar su situación laboral, y dado el hecho de que se trata de completar ingresos del varón, la mujer constituye una proporción elevada de la economía sumergida, por lo que se produce así una esfera de

actividad y relaciones económicas completamente al margen de normativas constitucional u ordinaria, lo que muestra el desajuste entre lo que es ordenamiento jurídico y la realidad económica. Ciertamente esto es así por necesidad, pero por otro lado la mujer trabajadora está más decidida que el varón a prescindir de beneficios y regulación social de trabajo, al menos en determinados status sociales. Respecto a trabajos de prestigio y relevancia, el estudio de la pirámide ocupacional muestra que están desempeñados por hombres, pero en el plazo de un decenio se espera una evolución y cambio en ese aspecto pues las mujeres alcanzarán alto nivel competitivo, ya que gran cantidad de ellas desde hace años llenan las universidades y lo hacen con pretensión profesional.

## 5. RECAPITULACION

Tras el análisis de cuál ha sido el desarrollo y aplicación en la realidad del artículo 9.2 de la Constitución española, norma de diseño innovador que responde a la inquietud y afán de transformación social que inspiraba el momento constituyente, podemos concluir lo siguiente:

- 1) La Constitución española de 1978 es resultado de un consenso o pacto entre fuerzas políticas diferentes, lo que le imprime un determinado carácter de solución de compromiso especialmente evidente en algunas áreas como la económica. El articulado en general refleja cesiones y transacciones, ya de



programas de izquierda ya de derecha, que se estimaron necesarias para que el texto constitucional fuera posible.

Además la Constitución representa una profunda innovación en el sistema político español, y todo el texto es muy válido en el proceso de transformación y renovación del orden social, político y económico que pretende llevar a cabo como expresión de la voluntad constituyente.

Entre los mecanismos innovadores que el texto incluye destaca el art. 9.2 que aparece como un potente instrumento de transformación, con un objetivo claramente dinamizador, la igualdad real, que legitima a los poderes públicos en la realización de la tarea y transformación de la realidad social y económica, con la mira puesta en el logro de la igualdad efectiva. Hemos comentado las diferencias con el art. 3 italiano que lo inspira, y hay que resaltar, que la clave de la eficacia de dicho artículo, estriba en los medios que instrumentan los poderes públicos. Luego, si bien el artículo aparece como una palanca transformadora, su eficacia depende del desarrollo y aplicación que de él se haga, y esto evidentemente se vincula a la lectura política del texto que se realice por cada gobierno en el momento dado. Pues en el texto no se incluye un pronunciamiento político definido, a diferencia de la Constitución portuguesa coetánea que fija como meta el socialismo.

2a) La consecución de una igualdad real y efectiva implica un proceso dinámico, de cambios mediante diversos mecanismos, cuya

utilización plena o condicionada, es factor clave en la adecuación entre el texto constitucional y la realidad española. Pero hay que tener en cuenta que expresamente el texto constitucional obliga a los poderes públicos, legislativo y ejecutivo a actuar en la realización de las metas del art. 9.2, y con el mismo fin el Poder Judicial aplicará e interpretará las normas de forma progresista.

Ahora bien, la consecución de la igualdad real y efectiva tiene como límite los derechos y libertades de las personas, y al principio de igualdad jurídica. Si la igualdad efectiva como tarea política no puede hacerse de espaldas al Derecho sino que debe encontrar en éste su cauce y su límite, la igualdad jurídica no puede prescindir de la orientación política del régimen. En la búsqueda de la igualdad real, el art. 9.2 permite justificar desigualdades formales, pues posibilita lo que se denominan "discriminaciones benignas". Es decir, los poderes públicos en su actuación legislativa, pueden por ejemplo, en virtud del interés común y el logro de la igualdad efectiva, actuar discriminadamente.

Pero ciertamente el criterio seguido para la actuación discriminatoria tiene que ser proporcionado y razonable, pudiendo ser recurrida la ley, si se produce una desnivelación entre la igualdad formal que se ha visto alterada, y la igualdad real que se pretende conseguir. Todo ello lo corrobora la jurisprudencia constitucional.

3a) El Tribunal Constitucional, ha establecido una importante jurisprudencia sobre este principio de igualdad, aunque la línea ha sido algo discontinua, zigzagueante y controvertida. Ha perfilado el contenido del art. 14 que fundamentalmente reside en un derecho subjetivo de todo español a recibir un trato igual y ha diferenciado entre igualdad jurídica e igualdad material. El Tribunal Constitucional, apoyándose en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha incorporado en la suya el principio de igualdad política que puede conducir a diferencias de tratamiento jurídico, para conseguir una situación de igualdad. Si bien el Tribunal Europeo desde hace dos décadas viene sosteniendo que ciertas desigualdades de derecho tienden a corregir desigualdades de hecho y por ello a conseguir una igualdad real, el Tribunal Constitucional español adopta el criterio de que se deben tener en cuenta los efectos de la medida adoptada, pues en la consecución de la igualdad real, no se pueden violar derechos y libertades constitucionales, producir normas contrarias a la Constitución o vulnerar el principio jurídico de la igualdad. Luego la actuación del legislador está orientada por el principio político de la igualdad, pero el principio jurídico, la limita.

4a) La influencia de factores políticos en la labor de mediación de los jueces es la razón más poderosa que explica su jurisprudencia diversificada, contradictoria y en algunos casos ajena al espíritu de la Constitución. No se trata en general de una politización de los jueces espontánea o deliberada, sino en todo caso de tipo estructural.

Actualmente en la sociedad española tiene lugar una hipercrítica de la labor de los jueces, al tiempo que asociaciones judiciales se pronuncian demandando reformas que despoliticen la elección de miembros del Consejo General del Poder Judicial, y del Tribunal Constitucional.

La politización del Tribunal Constitucional, que es un órgano político por su composición y sistema de nombramiento, pero que en su organización es un órgano típico jurisdiccional, la relación que se establece, o la presión que ejerce el ejecutivo sobre el Consejo General del Poder Judicial sin que ello signifique que anule en términos absolutos su independencia, las interferencias que hemos comentado del ejecutivo en materia competencial de jueces y magistrados, todo ello ocasiona que la aplicación de la Constitución, y su realización en la práctica esté a veces parcialmente condicionada por factores extraconstitucionales y sea desigual.

Es preciso que las reformas que se lleven a cabo se dirijan a la defensa de la independencia del Poder Judicial y a la potenciación del prestigio y buena imagen de los jueces. El estado general de la Administración de Justicia, con su falta de medios, lentitud e ineficacia, dificulta gravemente la plena efectividad del ordenamiento jurídico, constitucional o no, aún sin tener en cuenta los efectos distorsionantes de los factores políticos. Urgen por lo tanto importantes modificaciones en la Administración de Justicia que fortaleciendo el Poder Judicial subsanen algunas deficiencias que la sociedad padece y que no son imputables a los jueces, así como es preciso una general

despolitización en el sistema judicial que facilite y haga posible una interpretación y aplicación de la Constitución más acorde y fiel a su espíritu.

5a) Respecto a resultados concretos en la consecución de la igualdad efectiva, como se desprende de lo dicho anteriormente, sólo puede hablarse de resultados parciales, en determinadas áreas, y de todo punto incompletos. Referente a la proyección concreta de la jurisprudencia constitucional en temas laborales y económicos, el Tribunal Constitucional ha tratado de configurar un modelo igualitario y no discriminatorio según el art. 9.2, pero el camino para conseguir la igualdad aún es largo, y representa una meta no alcanzada, sobre todo en lo relativo a la igualdad de sexos en el mundo laboral. En la medida en que, ya por legislación, ya por actuaciones jurisdiccionales, se aplique y desarrolle el art. 9.2, la transformación de la realidad laboral femenina que está en marcha, alcanzará su plenitud. Influyen en la todavía discriminada situación laboral de la mujer diversos factores económicos y sociales que se resisten a los cambios. Mientras el paro en general sea tan elevado en nuestro país, la falta de cualificación femenina sea tan frecuente, los servicios sociales no alcancen a todas las familias, persistirá la discriminación de este sector de la población. Concretamente la mujer participa en alto grado en el área de "economía sumergida", lo que nos indica un amplio espacio en que las normativas, ya ordinaria, ya constitucional, son inoperantes.

6a) La regulación de los derechos socioeconómicos en el texto constitucional y el problema de su eficacia, es pieza fundamental

en nuestro análisis de cuán eficaz ha sido el art. 9.2 en "remover obstáculos", por ejemplo. La eficacia de tales derechos aparece en nuestra opinión limitada y disminuida en tanto que su realización requiere una conducta positiva de los poderes públicos, sin que el texto otorgue al individuo medios jurídicos para hacer valer su derecho, a una vivienda, a un puesto de trabajo, a un medio ambiente no contaminado. Pero aun siendo su eficacia limitada, no se puede decir que sea nula, pues mantienen su carácter de mandato de acción a los poderes públicos, y son orientadores de su actividad, pudiendo también valorarse la eficacia negativa, o impeditiva de acción en contra.

El orden económico y social que incluye la Constitución pretende diseñar un sistema de economía mixta, como respuesta al consenso o pacto que presidió la redacción del texto en general, y de esta área en particular. Se conjuga la propiedad privada con la intervención económica del Estado y la planificación, lo que produce un texto abierto, neutro y ambiguo, que posibilita su utilización en políticas económicas diversas, y de tendencias opuestas. Todo ello suscita importantes críticas, y no deja de influir en los resultados.

Esta amplitud de opciones de actuación económica que se recoge en el texto, le da un carácter totalmente posibilista donde se articula y no de modo accidental que el desarrollo de los instrumentos económicos que los poderes públicos pueden utilizar, dependa del factor político, es decir, según sea la tendencia política del gobierno de turno, se llevará a cabo un tipo u otro de planificación, se favorecerá la empresa privada,

la libre iniciativa, o se intensificará el intervencionismo estatal. Como hemos visto en nuestra investigación, el factor político, prima y condiciona la gestión económica, y en este caso concreto, la plena realización del art. 9.2, con todas las actuaciones estatales que implican a los diversos poderes públicos, y la plena conexión entre ordenamiento y realidad económica, dada la flexibilidad de la regulación constitucional dependen asimismo de la dirección política de los gobiernos, de las tendencias dominantes, que pueden conducir a un desarrollo de texto, progresista, o quizás regresivo.

Ahora bien, aunque el modelo está diseñado, respecto a sus efectos transformadores de la realidad, para que pueda ser utilizado por las diferentes alternativas de poder, también están incluidos los mecanismos de freno ante posiciones extremas reaccionarias o revolucionarias. Se trata pues de un texto constitucional que sin definir un orden económico como meta, socialismo o capitalismo extremo, pretende radicales transformaciones económicas pero articuladas en un proyecto general de cambio que no pretende ser revolucionario.

7) La idea final de esta recapitulación es que el artículo 9.2 no ha sido plenamente eficaz, ni ha respondido a las posibilidades que en su redacción se estimó existían. Los resultados sólo son parciales e incompletos; no demuestran que se haya producido una coordinación aceptable entre la actuación de los poderes públicos y los medios instrumentados para llevar a cabo la fiel aplicación del artículo 9.2 a la realidad. Se hace evidente que el desarrollo normativo de gran parte de la

Constitución no ha tenido lugar en su momento apropiado, lo ha sido de forma discontinua, o no ha existido en absoluto en algunos puntos concretos como el del jurado. Por otro lado gran parte de competencias económicas y culturales se han diversificado en las Autonomías, lo que hace más complejo el análisis de la eficacia del texto, y de la responsabilidad de que ésta no sea total. Por todo ello nos parece que la innovadora norma que nos ha ocupado en este capítulo, por sí misma, no parece ser la solución definitiva para conseguir la máxima adecuación del texto a la realidad, en este proceso seguido por el constitucionalismo desde hace doscientos años. De un texto que hemos analizado es de transición, producto de transacción y compromiso, los efectos no han podido radicales o definitivos; totalmente revolucionarios o transformadores; sino que responden en algunos casos a la ambigüedad y falta de definición de parte del texto constitucional.



## 6. NOTAS

- 1) Cf. F. Garrido Falla, *Diario del Senado*, día 23 de Agosto de 1978.
- 2) Cf. R. García Cotarelo, "El régimen económico y social de la Constitución española", en *Lecturas sobre la Constitución española*, UNED, Madrid, 1978, pág. 71.
- 3) Cf. P. Lucas Verdú, "El Título I del Anteproyecto constitucional", en *Estudios sobre el Proyecto de Constitución*, CEC, Madrid, 1978, pág. 278.
- 4) Cf. D. Lucas Verdú, *La constitución económica española*, CEC, Madrid, 1984, pág. 75.
- 5) *Ibid.*, pág. 75.
- 6) *Ibid.*, pág. 75.
- 7) Diversos autores han estudiado este artículo. P. Lucas Verdú, *Curso de Derecho Político*, Tecnos, Madrid, 1984. Ugo Rescigno, *Costituzione italiana e Stato borghese*, Savelli, Roma, 1977. C. Lavagna, *Costituzione e Socialismo*, Il Mulino, Bologna, 1977.
- 8) Cf. J. de Esteban y L. López Guerra, *El régimen constitucional español*, Editorial Labor, Barcelona, 1980, pág. 314.
- 9) Un análisis de las diferencias entre el artículo 9.2 de la Constitución española y el artículo 3.2 de la Constitución italiana puede encontrarse en el trabajo de Francisco Galgano, "Rapporti economico-sociali", en *La Costituzione Spagnole nel trentennale della Costituzione italiana*, Arnaldo Forni, Università degli Studi di Bologna, 1978, págs. 87-96.
- 10) Cf. G.F. Mancini, "El sistema económico y las relaciones de trabajo", *Cuadernos de Derecho de Trabajo*, 1980, pág. 52.
- 11) Cf. M. Morisi, "Relación Estado-Economía" en *La Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1980, pág. 401.
- 12) *Ibid.*, pág. 413.

- 13) Vid. F. Galgano, op. cit., pág. 87.
- 14) Cf. S. Basila, "Los principios fundamentales", en *La Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1980, pág. 275.
- 15) Ibid., pág. 276.
- 16) Ibid., pág. 276 y ss.
- 17) Ibid., pág. 276 y ss.
- 18) Cf. A. Predieri, "El sistema de las fuentes del Derecho", en *La Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1980, pág. 207.
- 19) Ibid., pág. 207.
- 20) Vid. R. García Cotarelo, op. cit., pág. 77.
- 21) Cf. A. Torres del Moral, *Principios de Derecho Constitucional español*, Ediciones Atomo, Madrid, 1985, pág. 285.
- 22) Ibid., pág. 287.
- 23) Ibid., pág. 287.
- 24) Cf. P. González Salinas, "La protección jurisdiccional del principio de igualdad", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 36 enero-marzo, 1983, págs. 75 a 99.
- 25) Cf. E. Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, CEC, Madrid, 1984, pág. 559.
- 26) Cf. A. Vallés y F. Díez de Liaño, *Jurisprudencia Constitucional*, Generalitat Valenciana, Valencia, 1985.
- 27) Vid. E. Alonso García, op. cit., pág. 560.
- 28) Sobre el Tribunal Constitucional véase: A. Moseta, *Justicia Constitucional*, (Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial), Dykinson, Madrid, 1980. V. Fernández Segado, *La jurisdicción constitucional en España*, Dykinson, Madrid, 1984. Bassols Coma, *La Jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales*, CEC, Madrid, 1981.

- 29) Vid. A. Torres del Moral, op. cit., pág. 285.
- 30) Véase la STC 49/1982, de 19 de septiembre.
- 31) Respecto a variación de criterio y singularidad de trato, véase: Berta Valdés, "Variación Jurisprudencial en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista Civitas*, 30 abril-junio, 1987. Trabajo presentado en el curso de Doctorado. Un examen de los importantes problemas de Derecho procesal planteados y resueltos por el Tribunal Constitucional, de Manuel Alonso Olea, Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, 1986-87.
- 32) Sentencias del Tribunal Constitucional de 10-9-1981; 3/1983 de 25 de enero; 23/1984, de 20 de febrero, y 93/194, de 16 de Octubre.
- 33) Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23-7-1968, (caso lingüístico belga), y de 13-3-1979, (caso Marck), entre otras.
- 34) Vid. Antonio Torres del Moral, op. cit., pág. 257.
- 35) Vid. A. Vallés y F. Díaz de Liaño, op. cit., pág. 27.
- 36) Sobre cuando la lesión de la igualdad produce violación del contenido esencial de los derechos, (art. 53.1), véase. L. Parejo Alfonso, "El contenido de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional de 8 de abril de 1981", *Revista de Derecho Constitucional*, nº 3, 1981.
- 37) Son numerosos los trabajos sobre el principio de igualdad: Jose M<sup>a</sup> Baño León, "La igualdad como Derecho público subjetivo", *Revista de Administración Pública*, 114, Sept-Dic., CEC. J. Suay, *El principio de igualdad de la justicia constitucional*, IEAL, Madrid, 1985. Vilas Mogueira, "Los valores superiores del ordenamiento jurídico", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 9, 1983. Referido a la igualdad como "principio de principios". Parejo Alfonso, *Estado Social y Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1983. Respecto a la igualdad, en su aspecto de "totalidad", véase S. Peñes Barba, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984.

- 38) Cf. Jose Maria León, "La igualdad como límite frente al legislador", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 9, 1983.
- 39) Cf. *Jurisprudencia Constitucional y relaciones laborales*, Departamento de Derecho del Trabajo, Universidad Complutense, CEC, Madrid, pág. 20.
- 40) *Ibid.*, pág. 21.
- 41) *Ibid.*, pág. 21.
- 42) *Ibid.*, pág. 21.
- 43) *Ibid.*, pág. 344.
- 44) *Ibid.*, pág. 406.
- 45) *Ibid.*, pág. 406.
- 46) Sobre este caso, véase Pleno del Tribunal Constitucional. Recurso de inconstitucionalidad nº 116/1983. Sentencia 11.1983 de 2 Diciembre, y voto particular (BOE de 14 de diciembre de 1983, suplemento nº 298, pág. 4).
- 47) *Ibid.*, págs. 48-49.
- 48) Cf. J.J. Toharía, *¡Pleitos tengas...!*, CIS, Madrid, 1987, pág. 4.
- 49) Sobre el Consejo General del Poder Judicial véase el nº especial V, de la revista Poder Judicial que edita dicho Consejo: "Sistema Judicial español : poder judicial, mandatos constitucionales y política constitucional", 1986.
- 50) Vid. J.J. Toharía, *op. cit.*, pág. 14.
- 51) *Ibid.*, pág. 54.
- 52) Con ocasión de la reforma judicial que actualmente se lleva a cabo, (reforma Múgica), las asociaciones han expresado duras críticas ante las consecuencias que se prevén.
- 53) Asimismo se han producido filtraciones de sentencias del Tribunal Constitucional, lo que daña su prestigio e imagen.

- 54) Cf. P. Escribano Collado, "El orden económico en la Constitución española de 1978", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 5, nº 14, Mayo-Agosto, 1985, pág. 125.
- 55) Cf. M. Morisi, "Relación Estado-Economía" en *La Constitución española de 1978*, ed. Cívitas, Madrid, 1980, pág. 379.
- 56) *Ibid.*, pág. 379.
- 57) Vid. P. Escribano Collado, op. cit., pág. 99.
- 58) Cf. A. Garrorena, *El Estado español y democrático de Derecho*, Universidad de Murcia, Murcia, 1980, pág. 64.
- 59) Además de las obras citadas de Morisi, García Pelayo, De Esteban y Guerra, véase de V. Santos, "Modelo económico y unidad de mercado en la Constitución española de 1978", en *El desarrollo de la Constitución española*, Ed., preparada por M. Ramírez, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1982.
- 60) Vid. P. Escribano, op. cit., pág. 88.
- 61) Vid. R. García Cotarelo, op. cit., 78.
- 62) *Ibid.*, pág. 81.
- 63) Vid. S. Echeverría, "El orden económico en la Constitución", en *libre Empresa*, Año III, nº 8 Septiembre-Octubre, 1978, pág. 56.
- 64) Cf. L. Sánchez Agesta, *Sistema político de la Constitución española de 1978*, Editora Nacional, Madrid, 1980, pág. 121.
- 65) *Ibid.*, op. cit., pág. 79.
- 66) Cf. Manuel García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1978, pág. 55.
- 67) Cf. M. Bassols Coma, "La planificación económica" en *El modelo económico en la Constitución española*, Vol. 2, I.E.E., Madrid, 1981, pág. 422 y ss.
- 68) Vid. Manuel García Pelayo, op. cit., pág. 47.

- 69) Vid. Oscar de Juan Asenjo, op. cit., pág. 326.
- 70) Vid. pág. 327.
- 71) Ibid., pág. 120.
- 72) Vid. F. Garrido Falla, op. cit.,
- 73) Véase la siguiente jurisprudencia: Sentencia 16/1982, de 28 de abril (BJC, 13, pág. 337). Sentencia de 15 de Junio de 1981 (BJC, 21, pág. 61).
- 74) Cf. Ortiz Arriño, *La iniciativa pública en la Constitución. Delimitación del sector público y control de su expansión*. RAP, Madrid, 1979, nº 88.
- 75) Es numerosa la bibliografía respecto al art. 38. Véase, J. Tornos, *Régimen jurídico de la intervención de los poderes públicos en relación con precios y tarifas*, Studia Albornotiana, Zaragoza, 1982. J. Donges, "El régimen económico de la Constitución Española", en Nueva Empresa, 25-XI-1978, pág. 367.
- 76) Vid. M. Bassols Coma, op. cit., pág. 422.
- 77) Vid. R. García Cotarelo, op. cit., pág. 79.
- 78) Cf. C. Alborch Bataller, "Reflexiones en torno a la iniciativa pública en la Constitución española" en *Estudios sobre la Constitución española*, Facultad de Derecho, Valencia, 1980.
- 79) Vid. S. García Echeverría, op. cit., pág. 52.
- 80) Ibid., pág. 52.
- 81) Vid. J. de Esteban, y L. López Guerra, op. cit., pág. 314.
- 82) Véase Sentencia 12/1981 de 2 de Junio, EJC, 3 pág. 205.
- 83) Sobre el Derecho al trabajo véase: M.C. Revuelto, "El Derecho al trabajo en la Constitución", en *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 1979.
- 84) Véase: C. Clark, *Las condiciones del progreso económico*, Alianza, Madrid, 1967. F. Requena Santos, "La introducción de la mujer en la población activa:

una posible explicación de la tasa de paro (1975-1987). Alianza, Madrid, 1987. Así como la siguiente bibliografía: M.A. Durán, *Dominación, sexo y cambio social*, Cuadernos para el diálogo, Madrid, 1977. P. de Castro, *La fuerza del trabajo en España*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1973. F. Fernández Méndez, *La participación laboral de la mujer : Un análisis microeconómico*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1985.

## CONCLUSIONES GENERALES



## CONCLUSIONES

El orden democrático-liberal, se ha configurado desde sus orígenes, como el resultado del constitucionalismo, esto es, de la interacción entre normas constitucionales y realidades políticas. Tempranamente en la historia del constitucionalismo se hizo evidente que los textos constitucionales tenían tendencia a anquilosarse y distanciarse de la vida concreta, con lo que planteaban el problema fundamental de favorecer su adecuación a la realidad y de estimular la conexión entre ordenamiento constitucional y hechos concretos, problema por cuanto tal adecuación suele ser la exigencia de solución de la tensión entre principios y valores del orden de que se trate y la estructura real de dicho orden, así como sus desarrollos específicos.

Nuestro trabajo es la reflexión sobre cómo se ha producido a lo largo de estos doscientos años, el proceso de acercamiento entre los textos constitucionales y la realidad política, y que instrumentos y mecanismos han sido incluidos en las Constituciones con el fin de lograr su adecuada y fructífera interacción.

Frente a posiciones que niegan los efectos concretos de los textos constitucionales sobre la realidad, postulamos que entre ambos existe una interacción morfogénica. Esta relación se puede apreciar desde los comienzos del constitucionalismo moderno. Es un proceso de prueba y error mediante el cual los textos constitucionales, -evolucionando desde una primera fase en

que incluían una serie de Declaraciones retóricas, y artículos de contenido impreciso, hasta los modernos y más recientes que suelen contener un detallado modelo económico, con instrumentación y garantías para llevar a cabo lo que se supone o afirma que es tarea del Estado-, van llegando a ser instrumentos eficaces de regulación de la realidad. Efectivamente, las constituciones actuales están más próximas a la realidad que la vinculación con hechos concretos que pudo tener en su tiempo la Constitución de 1812, que insertaba numerosas disposiciones retóricas y afirmaciones de amplio significado. Fijemos a continuación los diferentes estadios en los que tiene lugar esa aproximación.

1) Las Constituciones que inician la edad contemporánea son resultado de sendos movimientos revolucionarios y concretamente de revoluciones burguesas. Según la mentalidad burguesa las Constituciones son documentos escritos que determinan la ordenación racional y constituyen fundamentalmente una limitación a los gobernantes. Dicha significación está vinculada estrechamente a las teorías del contrato social y se podría estimar que los textos constitucionales son la expresión misma del contrato.

Ahora bien, aun afirmando el origen revolucionario burgués de las primeras constituciones, cada ejemplo histórico tiene características propias y la interacción entre constitucionalismo y realidad no ha transcurrido de forma semejante en todos los casos.

La Revolución inglesa de mediados del siglo XVII se puede considerar la primera burguesa, y desde luego representa el triunfo del Parlamento sobre la Corona. Esto es, del principio civil de la representación y la delegación sobre el divino o el dinástico, es decir, el triunfo de la Ley común. De la tensión entre monarquía y Parlamento surgen los documentos constitucionales ingleses como reacción ante las violaciones de Derechos y Estatutos. Mediante un proceso consuetudinario, tradicional, sin una Constitución escrita propiamente dicha, han continuado vigentes documentos y regulaciones de varios siglos de antigüedad, pues la Revolución de 1688 significa el triunfo de la causa que se inicia con la Carta Magna.

La Constitución de Estados Unidos fue asimismo producto de un movimiento revolucionario y al mismo tiempo de independencia nacional. Este texto se puede considerar como la realización del contrato social roussoniano, por cristalización de ideas que aún no se habían materializado en Europa. Los móviles económicos indiscutiblemente fueron poderosos impulsores del movimiento de rebelión de las colonias y su objetivo no sólo se fijaba en lograr un nuevo status político, sino en la defensa de unos intereses económicos.

En Francia, la Revolución de 1789 que inicia la burguesía, origina e imprime carácter radical a numerosas constituciones que tendrán una vida agitada y convulsa. La violencia del proceso revolucionario dará lugar a involuciones y reacciones moderadas para frenar su impulso. La misma burguesía trata de reconducir las corrientes más radicales y como consecuencia tienen lugar

textos constitucionales más moderados, como puede ser la Constitución del año III (1795). La burguesía francesa experimentaba en esa fecha el agotamiento de la lucha política y sólo pretendía rehacerse económicamente. Este tipo de reacciones moderadas o involucionistas tras un proceso revolucionario se puede considerar como una etapa que se cumple en general en todos los casos, pues se imponen las razones de tipo económico de una clase social determinada que desea la estabilidad.

Lo importante aquí es comprobar cómo la burguesía, la clase universal por excelencia en el sentido hegeliano, conquista su derecho al poder político y social mediante una vinculación entre las relaciones privadas y las públicas. Las constituciones, quintaesencia política de la burguesía, son contratos. En una primera etapa se entendió que lo mejor que podía hacerse con el ámbito de lo público sería someterlo a las garantías jurídicas de lo privado. Lo que sucedería a continuación, en contra de todas las previsiones, sería que la regulación pública invadiría el ámbito de las relaciones privadas. Tal fue el sentido profundo de los dos siglos de expansionismo constitucional (Siglos XIX y XX). Hoy vivimos en una época distinta, en que parecen ganar predominio las tendencias a invertir la relación procediendo a reprivatizar los ámbitos privado y público.

Tras analizar el origen revolucionario y burgués de las primeras constituciones observamos el cumplimiento de la premisa inicial de nuestra tesis de que existe una interacción permanente, variable en intensidad y modo entre Constituciones y realidad política. Ahora bien, tal interacción ha recurrido a

diversos mecanismos de perfeccionamiento, originados en la pluralidad de espacios, -social, económico, además de político-, que se normativizan en los textos constitucionales produciéndose una mas continua interacción entre diversos factores con consecuencias de variado orden.

2) Las convulsiones políticas, rupturas de legalidad, revoluciones, independencias, o golpes de Estado, modifican en casi todos los casos los textos constitucionales, que bien desaparecen, quedan sin vigor o se suspenden total o parcialmente de resultas de procedimientos excepcionales previstos de antemano o introducidos a raíz de tales alteraciones. Pero incluso los textos surgidos de tales revoluciones tratan de permanecer e incluyen mecanismos como el Derecho excepcional, que es un mecanismo atípico de interacción entre la realidad, -imprevista y excepcional-, y los textos constitucionales.

Podemos postular la existencia de un ciclo.

a) Las convulsiones políticas y los movimientos revolucionarios de todo tipo modifican y transforman los textos.

b) Estos textos surgidos de tales movimientos tratan de perpetuarse y permanecen e incluyen regulaciones que permitan superar las situaciones que pongan en peligro su supervivencia.

Trátase de un mecanismo de supervivencia de todo el sistema, suficientemente conocido. Los sistemas tratan de precaverse frente a lo imprevisible, tomando como modelo las alteraciones anteriores, aun a sabiendas de que los imprevistos que se encuentren posteriormente nada tendrán que ver con los problemas antes tratados y (claro está) resueltos. En el fondo del problema del Derecho excepcional referido a los textos surgidos de movimientos revolucionarios burgueses, está el interés de conservar o perpetuar unas reglas específicas de juego y un orden y procedimiento determinados de solución de conflictos. Se trata de defender la vigencia del documento contractual, la constitución, mediante resortes que permitan sortear el peligro o restaurar el *status quo ante* cuando éste quebró.

La historia demuestra que tales mecanismos o resortes excepcionales como pueden ser la suspensión o la dictadura, no siempre producen los efectos previstos ya que a menudo los textos no pueden recuperar la normalidad constitucional tras haber estado expuestos a esas situaciones excepcionales.

3) La conveniencia y necesidad de arbitrar un procedimiento que garantice la permanencia de la interacción entre la realidad cambiante y el texto constitucional obliga a incluir en las constituciones un mecanismo de reforma de los textos; se trata pues de un instrumento que favorece la pervivencia del texto, que en lugar de permanecer desfasado, convertido en letra muerta ante los cambios que podrían incluso provocar su desaparición, puede mediante un procedimiento específico restablecer su congruencia y correspondencia con la vida real. El problema en este caso, como

de todo cambio sistémico es al de la proporción adecuada entre el principio de la identidad y la necesidad de la modificación.

La labor interpretadora de la Constitución que llevan a cabo los Tribunales Constitucionales permite su adecuación a las nuevas realidades que superan y sobrepasan los textos escritos, pero tal labor tiene sus propios límites; no solamente lo que el propio texto impone por vía lógica sino también los de la armonía interpretadora entre el sentido de la Constitución y la opinión mayoritaria del pueblo. Cuando ya no es posible mantener la adecuación, se hace insustituible el procedimiento de reforma.

4) Además de los mecanismos de adaptación a situaciones de emergencia que las constituciones incluyen (derecho excepcional, suspensión o dictadura) como efecto de la presión que la realidad ejerce en ellas, las Constituciones insertan otro tipo de articulado, -normas programáticas y Declaraciones de Derechos-, de naturaleza instrumental en cuanto a su incidencia en la realidad; con voluntad transformadora y modificadora del espacio político, social y económico. Ambos mecanismos presentan el común carácter de programa abierto, que implica una actuación posterior, que no siempre tiene lugar en el momento y con la intensidad requerida, por lo que su eficacia queda disminuida y debilitada respecto a otras normas constitucionales que no dependen de una acción futura.

En cuanto a las normas genéricamente llamadas programáticas, las más difíciles de encajar en un proceso positivador de las constituciones, la queja habitual ha sido que su imprecisión, su

vaguedad y su falta de concreción no permiten una eficacia inmediata. Paradójicamente, sin embargo, han sobrevivido en nuestra época, al amparo de la actividad consociacional, en la que cumplen un importante cometido. En efecto, en los textos de transacción y compromiso que fueron resultado de negociaciones y renunciaciones entre fuerzas políticas dispares se incluyen normas programáticas, que, en el fondo son fórmulas que adopta la voluntad transformadora de forma que el legislador, advertido de que no puede determinar por siempre el orden político facilita su transformación alternativa, según conveniencia del partido mayoritario sin necesidad de ruptura constitucional.

5) En cuanto a las declaraciones de derechos, no eran suficientes las clásicas contenidas en las Constituciones del siglo XVIII y XIX, para responder a la creciente exigencia de mejoras de vida, de trabajo, cambios sociales, que planteaban los movimientos obreros en toda Europa. La influencia de estos movimientos sobre los textos constitucionales, así como los hechos económicos y políticos concretos, las consecuencias de las guerras mundiales, y la crisis económica, obligan a ampliar el alcance del contenido de los derechos a los sociales y económicos.

El sujeto de los derechos civiles y políticos clásicos, esto es, el ciudadano como individuo abstracto de la civilización burguesa, deja el lugar a un nuevo sujeto con unas claras determinaciones concretas: como trabajador, consumidor, administrado, inválido o pensionista. Se abre aquí la más característica cuestión del nuevo Estado social: la que se da



entre el universalismo del Estado de Derecho y el particularismo del asistencial.

Es fundamental apreciar que el nuevo tipo de derechos, no se inserta en los textos en un proceso pactado, negociado, o por la propia convicción de que los derechos clásicos de las Constituciones liberales no satisfacían las necesidades sociales, sino que fueron resultado de la imposición de las clases trabajadoras. A partir de 1917 con la Constitución de México, y de 1919 con la Constitución de Weimar, los textos constitucionales surgen innovados frente a los textos clásicos liberales. El proceso interactivo muestra el impacto del acceso de sectores sociales a las disposiciones constitucionales.

Ya en la onda expansiva, las constituciones, preocupadas por la protección de la persona en un eco evidente de la concepción individualista burguesa, se creen obligadas a regular no sólo los títulos y derechos de la persona, sino también aquellas relaciones económicas materiales de mercado, en que tales títulos y derechos se generan. Frente al "laissez faire" característico de los primeros textos liberales, las Constituciones contemporáneas regulan desde principios del siglo XX la actividad económica estatal e individual, en forma nunca imaginada en el siglo pasado.

Insistimos en que ello no sólo se debe a la mayor complejidad de las relaciones del mercado, sino también a la convicción contemporánea de que carece de sentido afirmar los derechos del

individuo ignorando el contexto económico en que estos han de ejercerse.

A partir de la Segunda Guerra Mundial se abre camino la idea de que el bienestar del individuo es responsabilidad del Estado y los nuevos textos constitucionales vienen a capacitar al Estado para que éste actúe de patrono, obrero, asegurador y promotor. Va imponiéndose así un intervencionismo económico articulado mediante la planificación y la programación, que según diversos autores puede provocar situaciones lesivas para los derechos clásicos y el mismo Estado de Derecho.

El Estado planifica, programa, subvenciona, subsidia y en su gestión del bienestar general a menudo invade esferas privadas. Culmina de esta forma en un primer momento el proceso, señalado más arriba como línea de ida de la interacción de "publicización" de los espacios privados en la implantación del Estado Social.

Las recientes crisis económicas, la de 1973 y la de 1981, han propiciado una crisis de legitimación del Estado del Bienestar ante la estimación de que el Estado no es siempre el mejor gestor y que los servicios sociales que proporciona no tienen siempre la eficacia que las necesidades exigen. Se trata de un criterio de legitimidad fundamentado en la eficacia, desde luego, pero dada la imbricación actual entre crecimiento económico y legitimidad política, no tiene nada de extraño que estas crisis hayan desembocado en una formulación teórica que pone en cuestión la estructura constitucional misma del Estado contemporáneo, esto es la teoría de la ingobernabilidad.

Esta disminución de su fundamento legitimador ha producido una reacción conservadora que ha cambiado el signo de muchos gobiernos occidentales favoreciendo la crítica del intervencionismo estatal y de la política del Bienestar. Se instan medidas de reforma del marco jurídico del Estado gestor, que supongan una vuelta parcial al "laissez faire", para superar la crisis mediante el recorte del gasto público y la incentivación de la inversión privada. Son los adelantados del proceso "de vuelta" de la interacción de que habíamos más arriba, esto es, aquellos que, preocupados por la excesiva "publicización" de los sistemas políticos contemporáneos, promueven ahora la privatización del Estado.

Sin duda alguna, son dignas de consideración las advertencias acerca del carácter intrínsecamente perverso del Estado del Bienestar puesto que afectan a los fundamentos legitimatorios del Estado de Derecho. Pero considerarlas no supone admitirlas sin más. Nada prueba que los Estados de Bienestar sean más proclives a formas de dictadura que otros. Esta teoría aun ha de validarse más convincentemente. Como, sin embargo, sí es cierto que el Estado del Bienestar se encuentra en crisis económica, ésta habría de ser tratada mediante la formulación de un nuevo modelo económico, que no ignore las características especiales de la naturaleza del Estado del Bienestar. Al propio tiempo, la reestructuración económica habrá de fundamentarse en el criterio de eficacia o efectividad de la gestión, teniendo sin duda en cuenta la parentoriedad de revisar los criterios de eficacia y eficiencia de gestión en el marco del Estado del Bienestar. Ya en diferentes países, las actuaciones políticas de estos últimos

años han producido un nuevo modelo económico, que a pesar de sus contradicciones, presenta gran consistencia. Véase por ejemplo que si bien se modifica la actividad intervencionista estatal en las áreas afectadas por las crisis, por otro lado tiene cada vez mayor proyección en el área internacional económica y, mediante la política de subvenciones o incentivos, sigue siendo elemento determinante de los sectores productivos esenciales. Todo ello sin olvidar que mantiene incólume e, incluso, acrecienta el marco general de gastos sociales para la actividad asistencial.

En el debate sobre la renovación del Estado del Bienestar en lo que algún autor ha considerado ya como la "Teoría del Estado postsocial" ha resultado de enorme importancia precisamente el ágil mecanismo de interacción entre el derecho constitucional y las realidades políticas cuyo funcionamiento hemos tratado de dilucidar en este trabajo de investigación. De hecho, ello nos lleva a formular nuestra más importante conclusión y de la que se derivan todas las demás, acerca de que el mecanismo de interacción que hemos establecido entre hechos económicos y textos constitucionales referido a comienzos del siglo XX, es totalmente válido y operativo en los momentos actuales.

6) En los procesos adaptativos desempeña el poder judicial una función destacada. Hemos analizado en el Capítulo V cómo el poder judicial ocupa una posición de preeminencia frente a los otros poderes, tras una evolución que parte de la construcción liberal clásica de la separación de poderes en que a veces aparecía relegado, o incluso se le negaba su condición de tercer poder independiente. El poder judicial actúa de nexo interactivo

entre hechos y ordenamiento jurídico-político en el proceso de adjudicación concreta y, sobre todo y esencialmente, en el caso del Tribunal Constitucional (o el Supremo, según las circunstancias del sistema político) la preeminencia del poder judicial viene garantizada por el monopolio interpretativo, que tiene tres vertientes de interacción claras: la vigilancia sobre el poder legislativo a través del control de constitucionalidad de las leyes; la fiscalización de los posibles abusos de poder mediante la protección de libertades fundamentales en amparo frente a los otros poderes; y el límite del poder ejecutivo mediante el contencioso-administrativo. Dado que nuestro trabajo es científico-jurídico hemos preferido investigar estos problemas específicos desde el punto de vista del agente o actor concreto que tiene encomendada su solución, esto es, el poder judicial mismo en lugar del punto de vista de la eficacia y funcionamiento de las instituciones en sí: control de constitucionalidad de las leyes, amparo, recurso contencioso-administrativo, que sólo nos hubieran ocupado de adoptar una perspectiva jurídico-constitucional.

Dado el carácter del moderno Estado del Bienestar al que Carl Schmitt llama "Estado Administrativo" y su interrelación con los ciudadanos no como los sujetos abstractos del individualismo burgués, sino como las personas concretas que esgrimen títulos y derechos a las correspondientes contraprestaciones públicas, nuestra época tenía que conocer necesariamente, una potenciación de la función judicial. Muchas veces se ha señalado el riesgo de que el poder judicial invada competencias ajenas al crear derecho mediante la jurisprudencia. Por eso, a veces se habla de

"usurpación" de funciones, y de "judicialización" del Estado. Desde luego, el poder judicial ha superado su función clásica y ha alcanzado una supremacía relativa. Su actividad implica aspectos políticos, lo cual plantea el problema de la interacción de los poderes. El problema sin embargo no es simple. Como sabemos, fue el propio poder judicial quien recabó para sí tales cometidos a través de la sentencia del celeberrimo caso de Marbury versus Madison. Ahora bien, esta preeminencia relativa coincide en parte con el espíritu de la época, partidario, hoy en menos medida, de una jurisprudencia "activa" en cumplimiento de los valores que incorpora el Estado de Bienestar. Sobre este asunto del activismo versus restricción judicial volveremos más abajo. Sea suficiente ahora recordar que el único modo de salvar el riesgo de la "usurpación" judicial es el muy clásico de garantizar una judicatura imparcial y al margen de los conflictos de intereses a base de no defender ninguno en concreto y que se asegura mediante los procedimientos de la independencia judicial.

Hemos analizado cómo a pesar de que se afirme la independencia de los jueces, su actuación puede estar politizada. En el caso de los jueces concretos, del poder judicial concreto, no de las teorías, un factor de instrumentación política del poder judicial suele ser el procedimiento de acceso a la judicatura, por lo que su independencia queda debilitada y su función de aplicación e interpretación de las leyes o de la Constitución resulta mediatizada. La operatividad de las Constituciones, puede verse así supeditada al poder político merced a la politización de los jueces, lo que implica cambios de tendencia, de intensidad, de fidelidad al espíritu del texto

constitucional, según los momentos políticos concretos, los partidos políticos en el gobierno, la personalidad de jueces y magistrados, y sus vinculaciones políticas, con el inconveniente de que no hay frente a ello fórmulas fáciles, desde el momento en que la práctica y la doctrina sostienen que un rasgo del Estado del Bienestar es su estructura constitucional abierta y dinámica que posibilita la sucesiva aplicación de programas de partidos distintos susceptibles de interpretar de modo diferente el mandato del texto constitucional.

En un mismo país, Estado Unidos, y con el mismo texto constitucional desde hace 200 años la jurisprudencia ha seguido líneas progresistas o conservadoras según los casos en la interpretación de la Constitución, lo cual ha implicado profundos cambios en la actuación del Tribunal Supremo; el más evidente se nos aparece hoy en la renovada vigencia de la polémica sobre si la jurisprudencia constitucional (en general, toda actividad de los jueces, mas este es un asunto de índole distinta) ha de ajustarse al principio de la restricción o al del activismo. Evidentemente, restricción quiere aquí decir, "autorestricción". Es opinión general que la restricción judicial obedece a posiciones políticas conservadoras, mientras que el activismo sería "progresista" (aspecto que se identifica con el desarrollo del Estado de Bienestar). En nuestros días, este punto de vista no pueda mantenerse con tanta seguridad. También en este campo ha cambiado el paradigma. Ahora bien, sea la futura jurisprudencia "restricta" o "activa", no hay duda de que, como se ha dicho, el Tribunal Supremo, a través de sus sentencias, ha realizado la "rewritting" de la Constitución. Es razonable pensar que esta

actuación interpretadora e innovadora del Tribunal Supremo haya contribuido decisivamente a que la misma Constitución siga vigente durante tan largo período ya que ha sido adecuada y revitalizada permanentemente evitando su desfase con la realidad cambiante, y puesto que en tal actividad no se suscribe un compromiso absoluto con el principio del "stare decisis", cosa tanto más necesaria cuanto que una de las ideologías más cambiantes es la ideología constitucional. Nuestra conclusión en este caso es que corresponde a los jueces la tarea esencial de asegurar el nexo interactivo, que esta tarea aparece mediada por los elementos de politización pero que, a su vez, la politización de la judicatura no es problema que puede despacharse con una referencia a la teoría abstracta, dado que, en muy buena medida, forma parte de la autojustificación constitucional del Estado de Bienestar.

7) El carácter predominantemente liberal de los sistemas políticos occidentales se ha fundamentado en una rígida separación entre ámbito público y privado que, como hemos dicho, está siendo cuestionada últimamente. En nuestra época de grandes transformaciones y cambios, el avance político refleja la perpetua mutación tecnológica de las sociedades en que vivimos. Incluso la aplicación y el desarrollo de los derechos sociales y económicos obligan a perfeccionar los mecanismos de proyección de las Constituciones en las relaciones entre particulares, lo cual es el objetivo al que trata de dar cumplimiento la teoría de la *Drittwirkung*.



En la época de la revolución tecnológica y de la incidencia de las nuevas técnicas, -informática, robótica, etc.- sobre derechos y libertades fundamentales, por ejemplo, el caso más evidente del derecho a la intimidad, la salvaguardia del honor, el secreto de la correspondencia, etc. resulta evidente que es preciso replantear y flexibilizar las concepciones clásicas sobre las relaciones entre el ámbito de lo privado y el de lo público. Tarea nada fácil. Las Constituciones regulan la totalidad del orden político y social, pero de este cometido quedarán siempre excluidos los aspectos privados en especial las relaciones "interprivatos" ya que el constitucionalismo liberal clásico ha partido siempre del principio abstencionista en la garantía de los derechos fundamentales. Desde este punto de vista, la mejor ley de protección de las libertades es una inexistente. Luego, con la teoría del Estado social pareció prudente extender, como hemos dicho, el empeño regulador público a determinados aspectos de las relaciones privadas con la justificación de que estas tuvieran que ver con la producción (huelga, sindicatos, salario máximo, contratación colectiva, etc.). Finalmente, -y tal es nuestra posición- ha sido necesario intervenir en las puras relaciones privadas. Ciertamente, se trata de un asunto sumamente delicado puesto que, cuando tal problema se plantea, la intervención pública ya no puede invocar un supuesto o real interés público (de producción, por ejemplo), sino una adecuación de la teoría jurídico-político liberal e individualista al campo de la acción de los derechos fundamentales. Pero, claro es, el límite más evidente en este terreno es, como bien se sabe, los derechos de terceros. Ello es lo que obliga a reconocer la necesidad de contrarrestar la creciente "publicización" de los

ambitos privados mediante una privatización de los públicos allí donde tal cosa sea conveniente para la congruencia del orden constitucional liberal.

Ahora bien, la eficacia de las Constituciones en la esfera puramente privada es un problema delicado que generalmente carece de expresión textual alguna, pues tiende a ser una creación jurisprudencial, cosa tanto más característica, cuanto como bien sabemos, han sido siempre los jueces los principales obstáculos a la tendencia a la privatización constitucional en Occidente. Por ella resulta comprensible que sean también los jueces quienes vengán a administrar de modo indiscutido y predominante la proyección constitucional en las relaciones entre particulares.

Son los jueces los creadores de la Drittwirkung, al interpretar las leyes y garantizar la interacción en relaciones privadas. Se pretende ampliar la eficacia y potencialidad transformadora de la Constitución al ámbito privado alcanzando así un punto óptimo en dicha interacción y en un momento en que los cambios tecnológicos están generando una revisión radical de ideas admitidas. Conviene tener presente que cuanto afirmamos en el apartado precedente sobre la politización de la jurisdicción ordinaria y constitucional en general es válido para la actuación en las relaciones privadas desde la perspectiva constitucional. Evidentemente, el juez es el intermediario que ha de estimar el tipo de relación y su interpretación a la luz del texto constitucional, sobre todo desde el momento en que éste pretende garantizar un régimen de derechos y libertades cuyo fundamento

conceptual individualista puede colidir y colide de hecho incluso con otros mandatos constitucionales colectivistas.

En conclusión, la teoría y práctica de la *Drittwirkung* contiene en si la potencialidad del último y mas refinado mecanismo de interacción morfogenética entre ámbito normativo y sistema político real. Al propio tiempo y a causa de incidir en el campo de los derechos individuales, es decir, de ser un mecanismo eminentemente privado, debemos no perder de vista que se trata de un recurso que presenta numerosos riesgos.

8 y 9) El hecho de que determinados contenidos constitucionales, como algunos derechos económicos y sociales, posean una eficacia limitada a que existan medios económicos para hacerlos realidad, que sea preciso una actuación futura de los poderes públicos, o se precise un desarrollo posterior legislativo, ha obligado a una reflexión en el constitucionalismo reciente y moderno en la creencia de que sea preciso reajustar la teoría constitucional mediante un tipo nuevo de normas. Se trata de instrumentalizar los textos constitucionales con un articulado capaz de hacer posibles las transformaciones y cambios sociales considerados necesarios en la postguerra. Las normas innovadoras como el art. 9.2 de la Constitución española y el 3.2 de la Constitución italiana, son por así decirlo, los mecanismos de acción de los mandatos constitucionales.

Habiendo llegado hasta aquí y tras las conclusiones extraídas en el ámbito de la elaboración teórica del problema que nos ocupa, nos corresponde ahora concluir nuestro examen de los dos

casos concretos en los cuales se encuentra de modo práctico todo cuanto llevamos dicho hasta ahora.

#### A) CASO ITALIANO

El artículo 3.2 de la Constitución italiana supone un gran potencial transformador económico y social. Pero si nos atenemos a los resultados, hay que señalar que debido a la anómala situación política, la inestabilidad de los gobiernos y al estancamiento de los partidos por la falta de alternancia durante muchos años, se ha dado una inaplicación parcial de la Constitución. La jurisprudencia en general estimó que la parte dogmática carecía de eficacia hasta su posterior articulación en leyes ordinarias, y el Tribunal Constitucional que estaba regulado y previsto en el texto se instituyó con una demora de ocho años.

Se dan en Italia etapas de actividad jurisdiccional progresista, que han contribuido a una renovación de cierta legislación anacrónica y ajena al espíritu que inspira gran parte del texto constitucional. En ello ha tenido una importante influencia la reacción de un grupo de juristas críticos que propugnan la teoría del uso alternativo del derecho, ante lo que consideraba aplicación partidaria o reaccionaria del texto constitucional. Se instaba a una nueva orientación en la forma de entender y aplicar el art. 3.2 que se juzgaba había sido, durante un largo periodo, interpretado desde un punto de vista "de derechas".

Como consecuencia de lo aquí expuesto, de la actuación vacilante, contradictoria, reaccionaria en muchos casos de los poderes públicos, la gestión económica estatal no ha significado la transformación plena y radical que se suponía era posible. La utilidad del art. 3.2 aparece así como escasa e inoperante para conseguir un gran cambio social y económico. En algunos aspectos concretos, como puede ser la reforma agraria, la planificación o la política de créditos o fiscal, la ineficacia y falta de directrices, han hecho que no se hayan alcanzado las metas fijadas. El mismo problema de la emigración, tradicional y clásico en Italia, demuestra cuán relativa ha sido la transformación social italiana.

El análisis realizado en el Capítulo VII de la proyección sobre la realidad del artículo 3.2 nos lleva a concluir que el carácter innovador de dicho artículo no ha supuesto resultados plenos y satisfactorios; se han producido determinadas obstrucciones y dificultades para su pleno desarrollo. Su eficacia y utilidad es sólo reducida y queda abierto el interrogante de qué tipo de artículo o instrumento han de tener en adelante los textos constitucionales para conseguir una mayor efectividad y aproximación a la realidad.

#### B) CASO ESPAÑOL

La proyección práctica del art. 9.2 se hace fundamentalmente en la jurisdicción ordinaria y constitucional. El Tribunal Constitucional ha establecido una importante jurisprudencia sobre

aquellos principios, pero la línea ha sido controvertida, discontinua y zigzagueante, lo que nos revela cómo ha sido hasta ahora la realización del principio: parcial, inacabada y desigual.

Ahora bien, una influencia de factores políticos en la actuación de los jueces explica su jurisprudencia, diversificada, contradictoria y en algunos casos ajena al espíritu de la Constitución. La politización de órganos como el Tribunal Constitucional, la composición del Consejo General del Poder Judicial, las interferencias del ejecutivo en la Judicatura, el estado general de la Administración de Justicia con falta de medios y operatividad provoca que la aplicación del art. 9.2 sea incompleta, y heterogénea. Sólo puede reconocerse resultados localizados en determinadas áreas. En los aspectos laboral y económico, el Tribunal Constitucional ha tratado de configurar un modelo igualitario y no discriminatorio según el art. 9.2, pero aún queda camino por recorrer, por ejemplo el de la igualdad de sexos en materia laboral.

En cuanto a la eficacia del art. 9.2, podemos concluir que ha sido limitada y disminuida en tanto que la plena realización de los derechos socioeconómicos requiere una actuación positiva de los poderes públicos, sin que el texto otorgue al individuo medios para hacer valer sus derechos en aspectos en que su satisfacción depende de fuerzas ajenas al ordenamiento jurídico-político, esto es, fuerzas del mercado, como es el caso con el derecho a la vivienda o al trabajo.

Concluimos pues, que el tipo de norma innovada del art. 9.2 no se ha mostrado eficaz plenamente, ni ha colmado las esperanzas que en su momento inspiró.

Se llega a la evidencia de que artículos como el 3.2 italiano y el 9.2 español no cumplen su cometido interactivo de modo satisfactorio, lo cual hace pensar en que los defectos que contienen, probablemente son estructurales y aconsejan un uso de ellos más ecléctico y mesurado. Carece de sentido tomarlos como la panacea de los males de la disonancia cognitiva entre la Constitución y el sistema político.

Efectivamente, el carácter de interacción morfogénica entre la Constitución y el sistema político no depende de uno u otro mecanismo de actuación, sino del conjunto de estos, y de su eficacia práctica. Y, sobre todo, descansa sobre la idea, hoy generalmente compartida en Occidente, de que la relación entre el orden normativo y los sistemas políticos es una relación abierta y permanente en que los dos elementos de la interacción funcionan en un sentido de alimentación recíproca en cuya dinámica está la posibilidad de consolidar y perfeccionar órdenes políticos humanos, justos y libres. Hacer comprensible tan importante cuestión es la tarea que compartimos constitucionalistas y politólogos.

## BIBLIOGRAFIA



# ARTICULOS EN REVISTAS ESPECIALIZADAS

AA. VV.:

"Constitución flexible respecto al modelo económico-social" en *5 Días*, 9-V-1978, págs. 1 y 2.

"La Constitución de 1978. El nuevo sistema económico", en *Actualidad Económica*, 9-XII-1978, págs. 39-45.

"Constitución y modelo económico", en *Dirección y Progreso*, mayo-junio, 1978, págs. 5-9.

"Constitución y reglas de juego. ¿Qué economía queremos?", en *Cambio 16*, 22-I-1978, págs. 34-35.

"Sistema judicial español : poder judicial, mandatos constitucionales y política judicial", Número especial V de *Poder Judicial*, del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1958.

Albiol Montesinos, I.:

"Comentario al artículo 17 del Estatuto de los trabajadores", en *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de mayo*, Editoriales de Derechos Reunidas, Madrid, 1981.

Alonso García, E.:

"El Tribunal Burger y la doctrina de la political questions en los Estados Unidos" en *REDC*, nº 1981.

"El principio de igualdad en el art. 14 de la Constitución española", *RAP*, nº 100, 1983.

Alzaga, O.:

"Un nuevo enfoque del Derecho Político" en *Revista del Departamento de Derecho Político de la UNED*, nº 4, otoño, 1979.

Andrés Ibañez, P.:

"El Estatuto personal del Juez", en *Poder Judicial*, nº 3, Madrid, 1986.

"Para una práctica judicial alternativa", *Anales de la Cátedra Fco. Suárez*, nº 16, 1976.

Andrino Hernández, M.:

"Sobre las reformas constitucionales", en *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca*, mayo-octubre, 1956.

Aragón Reyes, M.:

"Dos cuestiones interesantes en nuestra jurisdicción constitucional : control de las leyes anteriores y de la jurisprudencia", en *El Tribunal Constitucional*, IEF, Madrid, 1981.

Auger Liñan, C.:

"La formación y selección del personal judicial", en *Documentación jurídica*, Tomo XII, nº 45-46, enero-junio, 1985.

Bacigalupo, E.:

"Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injuria", *Revista de Derecho Constitucional*, nº 20, 1987.

Baño León, J. M<sup>a</sup>:

"La igualdad como Derecho Público subjetivo", *Revista de Administración Pública*, nº 114, Sept-Dic., CEC, 1985.

"La igualdad como límite frente al legislador", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 9, 1983.

Bayón, J.C.:

"Debate sobre la interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana", *Revista de las Cortes Generales*, nº 4, Madrid, 1985.

Cano Mata, A.:

"El recurso de amparo. Doctrina del Tribunal Constitucional", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1983.

Cappelletti, M.:

"El control judicial en la Constitucionalidad en el derecho Comparado", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, nº 18, 1966.

Castignone, S.:

"Legalità, legittimità, legittimazione", *Sociologia del Diritto*, IV, 1971/1.

Castillo Vera, P. del.:

"Notas para el estudio del comportamiento judicial; el caso del Tribunal Constitucional", *Revista de Derecho Constitucional*, nº 20, 1987.

- Cruz Villalón, P.:  
"Dos años de jurisprudencia constitucional española",  
en *Revista de Derecho Político*, nº 17, 1983.
- Devlin, L.:  
"Judges and Lawmakers", *Modern Law Review*, nº 39, 1976.
- Domínguez Martín, S.:  
"El recurso de amparo y el Tribunal Constitucional",  
*Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº  
1151, 1978.
- "Problemática y solución de los conflictos entre el  
Poder Judicial y el Tribunal Constitucional", en  
*Jornada de Estudio sobre el Consejo General del Poder  
Judicial*, Consejo General Judicial, Madrid, 1983.
- Esteban de, J.:  
"Reflexiones constitucionales americanas después del  
Watergate", *Revista de Derecho Público*, nº 58, 1975.
- Fariñas, P.:  
"Consideraciones sobre la Reforma Constitucional", en  
*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, marzo,  
1979.
- Fernández Marugán, P.:  
"La construcción de una sociedad del bienestar en el  
contexto de la economía española", en *Sistemas*, nº 94-  
95, enero, 1990.
- Fernández-Miranda Campoamor, C.:  
"La discriminación por razón de sexo. Algunos problemas  
derivados de una línea jurisprudencial vacilante",  
*Revista de Estudios Políticos*, nº 26, 1988, págs. 115-  
130.
- Fernández Rodríguez, T.R.:  
"Reflexiones en torno al artículo 161.2 de la  
Constitución", en *Boletín Informativo del Departamento  
de Derecho Político de la UNED*, nº 3, Madrid, 1979.
- Fix-Zamudio, E.:  
"El Derecho de amparo en México y en España, su  
influencia recíproca", *Revista de Estudios Políticos*,  
nº 7, Madrid, 1979.

Galeotti, S. y Rossi, B.:

"El Tribunal Constitucional en la nueva Constitución española", *Revista de Estudios Políticos*, nº 7, 1979.

González Casanova, J.A.:

"La idea de Constitución en Karl Loewenstein", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 139, Madrid, 1965.

González Trevijano, P.J.:

"Convenciones constitucionales y reglas de corrección constitucional", *Revista de Derecho Político*, nº 26, Madrid, 1988.

Jaén Vallejo, M.:

"El principio de igualdad en la aplicación de la ley por los órganos jurisdiccionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, *Revista Jurídica General*, nº 2, marzo-abril, 1987.

Jiménez Campos, J.:

"Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución", en *Revista de Derecho Político de la UNED*, nº 7, otoño, 1980.

"La igualdad jurídica como límite frente al legislador", *REDC*, nº 9, 1983.

Laso Prieto, J. M<sup>a</sup>:

"Función del Derecho en el cambio social", de *Argumentos*, nº 7, Diciembre, 1977.

"Fundamento constitucional del uso alternativo del Derecho", en *Boletín Informativo del Dpto. de Derecho Político, UNED*, nº 1, 1980.

Legaz Lacambra, L.:

"Legalidad y legitimidad", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 101, 1958.

Loewenstein, K.:

"Sumario de los métodos de designación del personal judicial", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 96, 1957.

López Calera, H. M<sup>a</sup>:

"La legitimación democrática del Derecho", en *Anales de la cátedra de Francisco Suárez*, Universidad de Granada, nº 16, 1976.

- Lucas Verdú, P.:  
"Constitución, realidad constitucional y transformación política", en *Revista de la Universidad Complutense*, nº 2.
- Martínez Emperador, R.:  
"Despidos discriminatorios y recurso de amparo constitucional", *Revista española de Derecho del Trabajo*, nº 10, 1982.
- Merkel, W.:  
"Italia bajo Craxi : ¿Una República con gobierno?"; *Revista del Departamento de Derecho Político*, nº 59, pág. 155.
- Meynaud, J.:  
"Visión general de los grupo de presión italianos", *Revista de Estudios Sociales*, nº 26, 1970.
- Morodo, R.:  
"Constitución, legalidad, legitimidad", en el *Boletín informativo del Seminario del Derecho Político*, de la Universidad de Salamanca, nº 26, mayo, 1962.  
  
"El 18 Brumario español. La dictadura de Primo de Rivera", en *Revista Triunfo*, nº 27-28, Madrid, 1973, págs. 22-31.  
  
"La Reforma Constitucional y sus límites", en *Revista de Ciencias Sociales*, nº 28, Puerto Rico, 1960.
- Mosquera, L.:  
"Tendencias actuales en el Derecho comparado sobre selección y formación de Jueces" en *Revista de Derecho Judicial*, nº 6, 1961.
- Nieto de Alba, J.:  
"Economía de Mercado y Constitución", en *Revista de Economía Política*, nº 85, 1980.
- Ortiz-Arce, A.:  
"El principio de igualdad en Derecho económico", en *Revista española de Derecho constitucional*, año 4, nº 11, mayo-agosto, 1984.
- Parejo Alfonso, L.:  
"El contenido de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional a propósito de la

Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981", *Revista de Derecho Constitucional*, nº 3, 1981.

Pérez Royo, J.:

"Algunas reflexiones sobre el Título X de la Constitución", en *Revista de Política Comparada*, nº 17, Madrid, 1984.

Pérez Tremps, P.:

"La Ley para la Reforma Política", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 54, Madrid, 1978.

Pibernart Domenech, X.:

"La Sentencia Constitucional como fuente del Derecho", *Revista de Derecho Política*, nº 24, 1987.

Piera Jiménez, G.:

"Algunos aspectos de la crisis económica desde el pensamiento de la derecha progresista", *Papeles de Economía española*, nº 2, 1980.

Poviña, J.R.:

"El poder constituyente, los jueces y la Constitución", en *Revista de la Facultad de Derecho*, nº 13, Tucumán, 1956.

Prieto Sanchis, L.:

"Los derechos fundamentales tras diez años de vida constitucional", en *Sistema*, nº 96, mayo, 1990.

Puente Muñoz, T.:

"El Derecho de propiedad y la Constitución", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 6, 1979.

Recalde, J.R.:

"Fuerza y legitimidad del Estado", en *Leviatán*, nº 12, Madrid, verano, 1983.

Rodríguez Ibañez, J.E.:

"Crisis de legitimidad y capitalismo avanzado", en *Sistema*, nº 21, noviembre de 1977.

Rodríguez Piñero, M.:

"El principio de igualdad y las relaciones laborales", en *Revista de Política Social*, nº 121, enero-mayo, 1979.

- Rodríguez Zapata, J.:  
"La Corte Constitucional italiana, ¿modelo o advertencia?", en *Revista Departamento Derecho Político*, nº 7, 1980.
- Rubio Llorente, F. y Aragón M.:  
"Enunciados aparentemente vacíos en la regulación constitucional del control de constitucionalidad", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 7, 1982.
- Sánchez González, S.:  
"Referéndums en Italia", *Revista de Derecho Político*, UNEN, nº 10, 1983.
- Schneider, H.P.:  
"Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional democrático", *Revista de Estudios Políticos*, nº 7, 1985.
- Sorrentino, F.:  
"I conflitti di attribuzione tra i poteri dello stato", en *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, nº 8, 1967.
- Tomás Villarroja, J.:  
"El recurso de inconstitucionalidad en el Derecho español", (1931-1936), *Revista del Instituto de Ciencias Sociales de la Diputación de Barcelona*, nº 11, 1968.
- Trujillo, G.:  
"Juicio de legitimidad e interpretación constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, nº 7, Madrid, 1979.
- Vega de, P.:  
"Jurisdicción Constitucional y crisis de la Constitución", *Revista de Estudios Políticos*, nº 7, Madrid, 1979.
- Vilas Foguiera, J.:  
"Igualdad jurídica en el Estado capitalista : los derechos sociales", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 14, mayo-abril, 1980.
- Virga, P.:  
"La separación de poderes", Trad. de Lucas Verdú, *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca*, sept-oct., 1955.

Volf, E.:

"La validité des acts d'un gouvernement de fait",  
*Revue de droit publique*, nº 23, 1952.

#### MANUALES

AA.VV.:

*Ciencia Política*, (Comp. M. Pastor), Mc Graw Hill,  
D.L., Madrid, 1988.

Alonso Olea, M:

*Derecho del Trabajo*, Facultad de Derecho, Universidad  
Complutense, Madrid, 1987.

Alvarez Conde, E.:

*El régimen político español*. Ed. Tecnos, Madrid,  
1983.

Balladori Pallieri, G.:

*Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milan, 1976.

Barila, P.:

*Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padua, 1982.

Barthelemy, J. y Duez, P.:

*Traité élémentaire de droit constitutionnel*, Dalloz,  
Paris, 1926.

Biscaretti di Ruffia, P.:

*Introducción al derecho constitucional comparado*, Ed.  
F.C.E. España, S.A., Madrid, 1979.

*Derecho Constitucional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1965.

Burdeau, G.:

*Manuel de droit constitutionnel*, Librairie Générale  
de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1952.

*Droit Constitutionnel et Institutions politiques*,  
PUF, Paris, 1977.

Carré de Malberg, R.:

*Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura  
Económica, México, 1948.

Chantebout, B.:

*Droit constitutionnel*, P.U.F., Paris, 1978.



- Crisafulli, V.:  
*Lezioni di diritto Costituzionale*, Cedam, Padua,  
1970.
- Duguit, L.:  
*Traité de droit constitutionnel*, 2ª ed. de E. de  
Broccard, Vol. I, París, 1921.
- Duverger, M.:  
*Instituciones políticas y derecho constitucional*, Ed.  
Ariel, Barcelona, 1970.
- Esmein, A.:  
*Elements de Droit constitutionnel français et  
comparé*, 8ª ed. Recueil Sirey, París, 1927.
- Esteban, J. de y López Guerra L.:  
*El régimen constitucional español*, Labor  
Universitaria, 1ª ed. 3ª reimpresión, 2 Vol.,  
Barcelona, 1984.
- Ferrando Badía, J. (Coordinador):  
*Regímenes Políticos actuales*, Editorial Tecnos,  
Madrid, 1985.
- García-Cotarelo, R. (Comp.):  
*Introducción a la Teoría del Estado*, Ed. Teide,  
Barcelona, 1981.
- Teoría del Estado y Sistemas Políticos*, UNED, Madrid,  
1968.
- García Pelayo, M.:  
*Derecho Constitucional Comparado*, Ed. Revista de  
Occidente, 8ª ed., Madrid, 1967.
- Tratado de Derecho Político*, Cívitas, Madrid, 1976.
- González Casanova, J.A.:  
*Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, Vicens  
Universidad, Barcelona, 1980.
- González Pérez, J.:  
*Derecho Procesal Constitucional*, Cívitas, Madrid,  
1980.
- Hauriou, M.:  
*Principios de Derecho Público y Constitucional*, Reus,  
Madrid, 1927.

- Heller, H.:  
*Teoría del Estado*, 7ª edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1974.
- Hesse, K.:  
*Escritos de Derecho constitucional*, CEC, Madrid, 1983.
- Jellinek, G.:  
*Teoría General del Estado*, Trad. de Fernando de los Ríos, Buenos Aires, 1978.
- Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, Società Editrice Libreria, Milano, 1912.
- Kelsen, H.:  
*Teoría General del Estado*, Editora Nac., 15ª ed., México, 1979.
- Lefevre, G.:  
*1789 : Revolución francesa*, (trad. de R. Bueno), Laia, Barcelona, 1981.
- Linares Quintana, S.V.:  
*Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, 3 Vols., Plus Ultra, Buenos Aires, 1981.
- Loewenstein, K.:  
*Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1976.
- Lucas Verdú, P.:  
*Curso de Derecho Político*, Tecnos, 4 Vols., Madrid, 1984.
- Manual de acción : cómo llevar a la práctica la igualdad entre los sexos*, (Editado por Comisión de las Comunidades Europeas), Instituto de la Mujer, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1990.
- Marshall, G.:  
*Teoría Constitucional*, (Prólogo de R.G. Cotarelo), Espasa Calpe, Madrid, 1982.
- Miceli, V.:  
*Principii di Diritto Costituzionale*, Società Editrice, Libreria, Milano, 1913.

- Mortati, G.:  
*Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padua, I,  
1975, II, 1976.
- Orlando, V.E.:  
*Principii di Diritto Costituzionale*, 3ª ed., Firenze,  
1913.
- Palmer, R. y Colton, J.:  
*Historia contemporánea*, Akal editorial, Madrid, 1980.
- Peces-Barba, G.:  
*La Constitución Española. Un estudio de Derecho y Política*, Valencia, 1984.
- Pérez Serrano, M.:  
*Tratado de Derecho Político*, Civitas, Madrid, 1976.
- Perticone, G.:  
*Storia d'Italia, l'Italia contemporanea dal 1871 al 1948*, Arnaldo Mondadori Editore, Firenze, 1968.
- Pizzorusso, A.:  
*Lecciones de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, 2 vols., Madrid, 1984.
- Ramos Oliveira, A.:  
*Historia de Alemania*, Fondo de Cultura Económica, México, 1952.
- Rescigno, G.V.:  
*Corso di Diritto Pubblico*, Zanichelli, Bologna, 1979.
- Romano, S.:  
*Principii di Diritto costituzionale generale*, Giuffrè, Milán, 1947.
- Sabine, G.:  
*A History of Political Theory*, G. Harrap, Londres, 1968.
- Sánchez Agesta, L.:  
*Historia del constitucionalismo español, (1808-1936)*, CEC, 4ª ed., Madrid, 1984.
- Sistema Político de la Constitución española de 1978*, Ed. Nacional, Madrid, 1981.
- Lecciones de Derecho Político*, 3ª ed., Granada, 1947.

*Principios de Teoría Política*, Ed. Nacional, Madrid, 1984.

*Curso de Derecho Constitucional Comparado*, 6ª ed., Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1977, 6ª ed.

Schmitt, C.:

*Teoría de la Constitución*, Alianza Universidad Textos, Ed. Alianza, México, 1952.

Spagna Musso, B.:

*Diritto Costituzionale*, Vol. I, Cedam, Padua, 1976.

Tesauro, A.:

*Diritto Costituzionale*, Casa editrice Meridionale, Nápoles, 1949.

Torres del Moral, A.:

*Principios de Derecho Constitucional*, (2 Vols.), Atomo, Madrid, 1985 y 1986.

Vergottini, G. de:

*Derecho constitucional Comparado*, Espasa Calpe, Madrid, 1983.

Vicens Vives, J.:

*Historia General Moderna. Del Renacimiento a la crisis del siglo XX*, 2 Vols., Editorial Vicens Vives, Barcelona, 1984.

Virga, P.:

*Diritto Costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1979.

#### MONOGRAFÍAS Y OBRAS DOCTRINALES

AA.VV.:

- *Constitución y Economía*, Centro de Estudios y Comunicaciones Económicas, Madrid, 1977.
- *Derechos Económicos Sociales y Culturales*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1981.
- *El modelo económico en la Constitución española*, (Comp. F. Garrido Falla), I.E.E., Madrid, 1981.

- *El Tribunal Constitucional*, (3 vols.), Dirección General de lo Contencioso, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981.
- *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valencia, Valencia, 1980.
- *Estudios sobre el Proyecto de Constitución*, C.E.C., Madrid, 1978.
- *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, (Comp. M. Ramírez), Universidad de Zaragoza, Libros Pórtico, Zaragoza, 1979.
- *La Constitución de 1978 en la historia del constitucionalismo español*, (Comp. M. Martínez Cuadrado), Mezquita, Madrid, 1982.
- *La Costituzione spagnola nel trentenario della Costituzione italiana*, Arnaldo Forni Editore, Bologna, 1978.
- *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, (3 Vols.), I.E.F., Madrid, 1979.
- *La Constitución española de 1978*, (estudio sistemático dirigido por A. Predieri, y E.G. de Enterria), Ed. Civitas, 2ª ed., Madrid, 1981.
- *La Constitución española de 1978. Un análisis comparado*, Roma 1982. (Instituto Jurídico Español), Universidad Internacional Menéndez Pelayo.
- *Lecturas sobre la Constitución española*, (Comp. T. Fernández), (2 Vols.), UNED, Madrid, 1978.
- *Los Derechos Humanos : significación, estatuto jurídico y sistema*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1979.
- *Los orígenes del sistema político norteamericano y español*, Ed. de Cultura Hispánica del Instituto de Cooperación Iberoamericana, Madrid, 1979.
- *Los Tribunales Europeos constitucionales y los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1984.

- *Ideologías y movimientos políticos contemporáneos*, (comp. de Manuel Pastor), Secretaría del Estado de Universidades e Investigación, D.L., 1981.

Abendroth, W.:

*Historia social del movimiento obrero europeo*, 7ª ed., Ed. Laia, Barcelona, 1980.

*Sociedad antagónica y democracia política*, Grijalbo, Barcelona, 1973.

Adler, M.:

*Democracia política y democracia social*, Roca, México, 1975.

Aguilar de Luque, L. y Blanco Canales, R.:

*La Constitución española. 1978-88*. CEC, Madrid, 1988.

Aguilar Tejerina, R. y Montoro, R.:

*El Discurso político de la transición española*, C.I.S., Madrid, Siglo XXI, 1984.

Agundez Fernández, A. et al.:

*El Poder Judicial*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983.

Almagro Mosete, J.:

*Garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales*, CEU, Madrid, 1971.

Alonso García, E.:

*La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

Alvarez Conde, E.:

*Las Comunidades Autónomas*, Ed. Nacional, Madrid, 1980.

Alvarez Junco, J. (Comp):

*Lecciones de Derecho Político : Juan Donoso Cortés*, Estudio Preliminar de J. Alvarez Junco, CEC, Madrid, 1984.

Alvarez Junco, J. et al.:

*Octubre 1934 : Cincuenta años para la reflexión*, Siglo XXI, Madrid, 1985.

- Alzaga, O.:  
*La Constitución española de 1978 (Comentario sistemático)*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978.
- Andrés Ibañez, P.:  
*El Poder Judicial*, Tecnos, Madrid, 1986.
- Amorth, A.:  
*La Costituzione italiana. Comentario sistemático*, Giuffrè, Milano, 1948.
- Aparicio, M.A.:  
*Introducción al sistema político y constitucional*, Ariel, Barcelona, 1983.
- Arendt, H.:  
*Sobre la revolución*, (trad. española de P. Bravo), Revista de Occidente, Madrid, 1967.
- Arozamena Sierra, J.:  
"Valor de la jurisprudencia constitucional", en *La Constitución y las fuentes del Derecho*, Instituto de Estudios Fiscales, Vol. I, Madrid, 1979.
- Artola, P.:  
- *El Antiguo Régimen y la revolución liberal*, Ariel, Barcelona, 1978.  
- *La burguesía revolucionaria*, Alianza Universidad, Barcelona, 1973.
- Austin, J.:  
*Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, C.E.C., Madrid, 1981.
- Axinn, J. y H. Levin:  
*Social Welfare : A history of the American Response to Need*, Harper Row, New York, 1975.
- Bachof, Otto:  
*Jueces y Constitución*, Cuadernos Taurus, Madrid, 1959.
- Bailyn, B.:  
*The ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge, Harvard, 1967.
- Bandrés, J.M.:  
*El Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre*, Bosch, Barcelona, 1983.

- Barber, J.:  
*La burguesía en la Francia del S. XVIII*. Revista de Occidente, 1975.
- Barcellona, P. et al.:  
*L'uso alternativo del diritto*. 2 tomos, Laterza, Bari, 1973.
- Barcellona, P. y Coturri, G.:  
*El Estado y los juristas*, Fontanella, Barcelona, 1976.
- Bassols Coma, M.:  
*Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1985.
- Basile, S.:  
"Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas", en *La Constitución Española de 1978*, (Predieri y Gª Enterria), Ed. Cívitas, Madrid, 1980.
- Baum, L.:  
*El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica*, Bosch, Barcelona, 1987.
- Beard, CH.A.:  
*An economic Interpretation of the Constitution of the United States*, N.Y., 1913.
- Beard, CH. y M.:  
*Historia de la civilización de los Estados Unidos de Norteamérica*, versión de R. Darío, Kraft, Vol. I, Buenos Aires, 1946.
- Beguin, J.C.:  
*Le contrôle de la constitutionnalité des lois en Republique Federale d'Allemagne*, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 1990.
- Bergeron, J.:  
*La época de las revoluciones europeas, (1780-1848)*. Historia Universal, Siglo XXI, 1976.
- Berlinguer, E.:  
*La Questione comunista*, Editore Riuniti, Roma, 1975.
- Beveridge, V.:  
*Full employment in a free society*, George Allen, Unwin, Londón, 1944.



- Black, Ch. L.:  
*The people and the Court Judicial Review in a democracy*, University Press, Westport, Conn., 1960.
- Blackstone, W.:  
*Commentaries on the Laws of England*, I, Garland, Nueva York, Londres, 1978.
- Blas Guerrero, A. de:
- *Nacionalismo e ideologías políticas contemporáneas*, Espasa Calpe, Madrid, 1984.
  - "Aproximación a la historia del constitucionalismo español", en *Introducción al Sistema Político Español*, Teide, Barcelona, 1983.
  - *Introducción al sistema político español*, Teide, Barcelona, 1983.
  - *Sobre el Nacionalismo español*, CEC, Madrid, 1979.
- Bogdanor, V. (edit.):  
*Constitutions in Democratic Politics*, Gower, Aedershot, 1988.
- Burke, E.:  
*Reflections on the Revolution in France*, (edición española de E. Tierno Galván, Madrid, IEP, 1970).
- Cabo de, C.:  
*La crisis del Estado social*, PPU, Barcelona, 1986.
- Cabo Martín, C.:  
*Sobre la función histórica del constitucionalismo y sus posibles transformaciones*, Publicaciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1978.
- Capel, R. M<sup>a</sup>:  
*El Trabajo y la educación de la mujer en España*. Instituto de la Mujer, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1989.
- Carr, R.:  
*España : de la Restauración a la democracia, 1875-1980*. Editorial Ariel, Barcelona, 1983.
- Carria, R. del:  
*Proletari senza rivoluzione*, (2 vols.), Edizione Oriente, Milán, 1970.

- Cassirer, E.:  
*Filosofía de la Ilustración*, F.C.E., México, 1972.
- Castro Cid, B.:  
*El reconocimiento de los Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1982.
- Capelletti, M.:  
"Necesidad y legitimidad de la Justicia Constitucional", en *Los Tribunales Europeos y los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- Cazorla, J., Ruiz-Rico, J.J. y Donachela, M.:  
*Fundamentos Sociales del Estado y la Constitución*, Granada, 1983.
- Cipolla, C.M. ed.:  
*Historia Económica de Europa*, 5 vols., Ed. Ariel, Barcelona, 1981.
- Clough, Shepard B.:  
*La evolución económica de la civilización occidental*, 4ª ed. Edic. Omega, Barcelona, 1975.
- Cohen, M.:  
*R. Dworkin and contemporary Jurisprudence*, Duckworth, L., Londres, 1984.
- Contini, E.:  
*La revisione della Costituzione en Italia*, Giuffrè, Milano, 1965.
- Corcuera Atienza, J. y García Herrero, M.A.:  
*Derecho y economía en el Estado Social*, Tecnos, Madrid, 1988.
- Cossio Díaz, J.R.:  
*Estado Social y derechos de prestación*, CEC, Madrid, 1989.
- Crisafulli, F.:  
*La Repubblica impossibile*, Guida, Nápoles, 1980.
- Cruz Villalón, P.:  
"La protección extraordinaria del Estado" en *La Constitución Española de 1978*, (Predieri y Gª Enterría), Ed. Civitas, Madrid, 1980.

- Goguel, F.:  
*Vingt leçons sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Institut d'Etudes Politiques de Paris, Polycop, 1982.
- González Casanova, J.:  
*Comunicación Humana y Comunidad Política*, Barcelona, Tecnos, 1968.
- La lucha por la democracia en España*, Avance, Barcelona, 1975.
- González Pérez, J., López Calera, M. y Ibañez, P.A.:  
*Sobre el uso alternativo del Derecho*, Fernando Torres ed., Valencia, 1978.
- Gordon Post, C.:  
*The Supreme Court and Political Questions*, N. Press, Baltimore, 1936.
- Gould, B.:  
*Socialism and Freedom*, Macmillan, Londres, 1985.
- Gough, J.W.:  
*Fundamental Law in English Constitutional history*, Oxford, at the Clarendon Press, 1955.
- Gough, I.:  
*Economía política del Estado del Bienestar*, H. Blume, Madrid, 1982.
- Guiliani, A. y Picardi, M.:  
*La responsabilidad del giudice*, Giuffrè, Milán, 1987.
- Habermas, J.:  
*Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Amorrotu, Buenos Aires, 1975.
- Halperin, S.M.:  
*Mussolini and Italian Fascism*, Van Nostrand Reinhold, Nueva York, 1964.
- Hay, J.:  
*The origins of the liberal Welfare Reforms, 1906-1914*, Macmillan, London, 1975.
- Hayek, F.:  
*Derecho, legislación y libertad, Vol. 2: el espejismo de la justicia social*, Unión Editorial, Madrid, 1979.

- Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984.
- El Estado de sitio y la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.
- La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad, (1918-1939)*, Facultad de Derecho, Sevilla, 1986.
- Dahrenforf, R.:  
*Oportunidades vitales*, Espasa Calpe, Madrid, 1983.
- Dalton, G.:  
*Sistemas económicos y sociedad*, Editorial Alianza, Madrid, 1974.
- Díaz, E.:  
*De la maldad estatal y la soberanía popular*, Ed. Debate, Madrid, 1984.
- Legalidad-Legitimidad en el Socialismo Democrático*, Editorial Civitas, Madrid, 1978.
- Estado de Derecho y sociedad democrática*, 8ª ed., Taurus, Madrid, 1981.
- Droz, M.:  
*Las fuerzas políticas de la República de Weimar, (1919-1933)*, Centre de Documentation Universitaire, 5, Place de la Sorbonne, París, 1962.
- Diemer, A.:  
*"Los derechos humanos desde una perspectiva europea" en Los Fundamentos Filosóficos de los Derechos Humanos*, Ediciones Serbal, UNESCO, Barcelona, 1985.
- Eco, U.:  
*Como se hace una tesis*, Gedisa, 5ª ed., Barcelona, 1983.
- Eiseman, Ch.:  
*La pensée constitutionnell de Montesquieu*, Recueil Sirey, París, 1952.
- Ehaka, H.:  
*Grenzen der Verfassungsänderung*, Duncker Humblot, Berlin, 1953.

- Elliot, J.H.:  
*Revoluciones y rebeliones en la Europa moderna*, Alianza Universidad, Barcelona, 1972.
- Ely, J.:  
*Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harward University Press, 1980.
- Ermacora, F.:  
"El Tribunal Constitucional Austriaco", en L. Favoreu, y otros: *Tribunales Constitucionales europeos y Derechos Fundamentales*, CEC, Madrid, 1984.
- Escarra, J.C.:  
*La Cour constitutionnel italiana et le droit de grève*, Presse Universitaires d'Aix Marseille.
- Espósito, G.:  
*La validità delle leggi*, Cedam, Padova, 1934.
- Ezquiaga Ganuzas, F.:  
*La argumentación en la justicia constitucional española*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1987.
- Fay, B.:  
*L'esprit revolutionnaire en France et aux Etats Unis a le fin du XVIII siècle*, Champion, Paris, 1925.
- Fernández-Miranda Alonso, F.:  
*El control parlamentario en el Derecho español*, Madrid, IEA, 1977.
- Fernández-Miranda Campoamor, C.:  
*La verificación de poderes*, (1810-1936), UNED, Madrid, 1987.
- Fernández-Miranda Bevia, T.:  
*Estado y Constitución*, Espasa Calpe, Madrid, 1975.
- Fernández Segadu, F.:  
*El Estado de Excepción en el Derecho Constitucional Español*, Editorial de la Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978.
- Flora, P.:  
*Growth to limits : the western European Welfare state since world war II*, (edited by...), Berlin, v. IV, 1987.

Franchini, P.:

*Efficacia delle norme costituzionali*, en *Archivo Penale*, Vol. VI, Tomo I, 1950.

Fraser, D.:

*The evolution of the British Welfare State*, Macmillan, London, 1973.

Friedman, M.:

*Capitalism and freedom*, The University of Chicago Press, Chicago, Londres, 1962. (14ª ed. 1975).

García Canales, M.:

*El problema constitucional en la Dictadura de Primo de Rivera*, ECE, Madrid, 1980.

García Cotarelo, R.:

*Del Estado del Bienestar al Estado del Malestar*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

El régimen económico social de la Constitución española", en *Lecturas sobre la Constitución Española*, (Coord. T.R. Fernández Rodríguez), UNED, Madrid, 1978.

*Índice analítico de la Constitución española*, (R.G. Cotarelo y E. Linde), Ed. Nacional, Madrid, 1979.

García de Enterría, E., et al.:

*El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Civitas, Madrid, 1976.

García de Enterría, E.:

"La posición jurídica Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas", en *Dirección General de lo Contencioso del Estado: El Tribunal Constitucional*, Tomo I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981.

"La Constitución como norma jurídica" en *La Constitución Española de 1978*, (Gª Enterría y Predieri), Ed. Civitas, Madrid, 1980.

*La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Ed. Civitas, 2ª ed., Madrid, 1982.

García Gómez, M.:

*Derechos Humanos y Constitución Española*, Alhambra, Madrid, 1985.

- García Morillo, J.:  
*El amparo judicial de los derechos fundamentales*,  
Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica,  
Madrid, 1985.
- García Macho, R.:  
*Las aporías de los derechos fundamentales y el  
derecho a una vivienda*, I.E.A.I., Madrid, 1982.
- García-Pelayo, M.:  
*Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 3ª  
ed., Alianza editorial, Madrid, 1982.
- García Roca, J.:  
*El conflicto entre órganos constitucionales*, Tecnos,  
Madrid, 1987.
- García Torres, J. y Jiménez Blanco, A.:  
*Derechos Fundamentales y relaciones entre  
particulares. La Drittwirkung en la Jurisprudencia  
del Tribunal Constitucional*, Cuadernos Civitas,  
Madrid, 1986.
- Garrorena, A.:  
*El Estado Español como estado social y democrático de  
Derecho*, Universidad de Murcia, Murcia, 1980.  
*El lugar de la ley en la Constitución española*, CEC,  
Madrid, 1980.
- Genevois, B.:  
*La jurisprudence du Conseil constitutionnel*, S.T.H.,  
Paris, 1988.
- Giannini, M.S.:  
*Las regiones en Italia*, Civitas, Madrid, 1984.
- Godechot, J.:  
*La pensée révolutionnaire en France et en Europe.  
1780-1799*, A. Colin, Paris, 1969.
- Las revoluciones (1770-1799)*, (trad. de P. Jofre),  
Labor, Barcelona, 1969.
- Les Constitutions de la France depuis 1789*, Garnier-  
Flammarión, Paris, 1970.

- Heclo, H.:  
*Modern Social Politics in Britain and Sweden*, Yale University Press, New Haven and London, 1974.
- Heller, A.:  
*Para cambiar la vida*, Grijalbo, Barcelona, 1981.
- Hernández Alonso, J.J.:  
*Los Estados Unidos de América. Introducciones y documentos históricos*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1984.
- Hernández Gil, A.:  
*El cambio político y la Constitución*, Planeta, Barcelona, 1982.
- Hobsbawn, E.:  
*El mundo del trabajo. Estudios históricos sobre la formación y evolución de la clase obrera*, Critica, Barcelona, 1987.
- Hofstadter, R.:  
*La tradición política americana*, Seix Barral, Barcelona, 1969.
- Horowitz, D.:  
*The Italian Labor Movement*, Cambridge, Mass, 1963.
- Hsü Du-lin:  
*Die Verfassungswandlung*, Walter de Gruyter, Berlín, 1932.
- Jellinek, G.:  
*La Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano*, Lib. Victoriano Suárez, Madrid, 1908, pág. 187.
- Jiménez de Parga, M.:  
*Los regímenes políticos contemporáneos*, Tecnos, Madrid, 1987.
- Juan Asanjo, O. de:  
*La Constitución económica española. Iniciativa económica pública -versus- iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978*. Colección Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.



- Juan Ojea, O. de:  
*El sistema económico en la Constitución*, CEC, Madrid, 1986.
- Keir, D. L.:  
*The Constitutional History of Modern Britain*, Adam and Charles Black, 5ª ed., London, 1953.
- Keynes, J.M.:  
*How to pay for the war*, Macmillan, London, 1940.
- Kidron, J.:  
*El capitalismo occidental de la postguerra*, Guadarrama, Madrid, 1971.
- Kimball, Warren F.:  
"Los orígenes del sistema político de los EE.UU: la revolución americana (1776-1800)", en *Los Orígenes del Sistema Político Norteamericano y España*, Ed. de Cultura Hispánica del Instituto de Cooperación Iberoamericana, Madrid, 1979.
- Kofler, L.:  
*Contribución a la historia de la sociedad burguesa*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1974.
- Kühnl, R.:  
*Liberalismo y fascismo*, Fontamaria, Barcelona, 1978.
- Lasalle, F.:  
*¿Qué es una Constitución?*, Siglo XX, Buenos Aires, 1975.
- Lavagna, C.:  
*Costituzione e socialismo*, Il Mulino, Bologna, 1977.
- Liphardt, A.:  
*Las democracias contemporáneas*, Ariel, Barcelona, 1987.
- Luchaire, F.:  
*Le Conseil constitutionnel*, Económica, Paris, 1980.
- Maravall, J.A.:  
*Estado Moderno y mentalidad social*, (s. XV a XVII), Revista de Occidente, 1972.

Martínez Cuadrado, M.:

"La Constitución norteamericana y el constitucionalismo español", en *Los Orígenes del Sistema Político Norteamericano y España*, Ed. de Cultura Hispánica del Instituto de Cooperación Iberoamericana, Madrid, 1979.

*La burguesía conservadora, Historia de España*, Alfaguara Vol. VI, Alianza Universidad, Madrid, 1987.

Marx, K.:

*El dieciocho Brumario de Luis Napoleón*, Ed. Ariel, Barcelona, 1971.

*Las luchas de clases en Francia de 1848 a 1850. El Dieciocho Brumario de Luis Bonaparte*, Estudio preliminar de R.G. Cotarelo, Espasa Calpe, Madrid, 1985.

Mazziotti, M.:

*I conflitti di attribuzioni fra i poteri dello stato*, Giuffrè, Milán, 1972.

More, S.:

*Crítica de la democracia capitalista*, 4ª ed., Siglo XXI, Madrid, 1974.

Mornet, D.:

*Los orígenes intelectuales de la Revolución Francesa*, C.A. Fayard, Buenos Aires, Paidós 1969.

Morton, A.L.:

*A people's History of England*, Lawrence and Wishart, Londres, 1974.

Mosquera, L.:

"La posición del poder judicial en la Constitución española de 1978", en *La Constitución Española de 1978*, (Predieri y Gá Enterría), Ed. Civitas, Madrid, 1980.

Naso, E.:

*La Costituzione italiana nell'interpretazione della Corte Costituzionale*, E. Pem, Roma, 1979.

O'Connor, J.:

*Estado y capitalismo en la sociedad norteamericana*, Periferia, Buenos Aires, 1974.

- La crisis fiscal del Estado*, Península, Barcelona, 1981.
- Offe, C.:  
*Lo Stato nel capitalismo maturo*, Etas libri, Milano, 1979.
- Ogaya y Ayllón, T.:  
*Creación Judicial del Derecho*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1975.
- Ollero Tassara, A.:  
*Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, CEC, Madrid, 1989.
- Derechos Humanos y Metodología jurídica*, CEC, Madrid, 1989.
- Otto Pardo, I. de:  
*Defensa de la Constitución y Partidos Políticos*, CEC, Madrid, 1985.
- Pace, A.:  
*Problematica delle libertà costituzionale*, Parte generale, Cedam, Padova, 1985.
- Paine, T.:  
*Derechos del Hombre. Respuesta al ataque realizado por el Sr. Burke contra la Revolución Francesa*, Alianza Editorial, Madrid, 1984.
- Pastor, M.:  
*Ensayo sobre la dictadura. (Bonapartismo y fascismo)*, Túcar ediciones, Madrid, 1977.
- Los orígenes del Fascismo*, Túcar, D.L., Madrid, 1975.
- Peces Barba, G.:  
*Tránsito a la modernidad de derechos fundamentales*, Mezquita, Madrid, 1982.
- Derecho positivo de los derechos fundamentales*, ed. dirigida por G. Peces-Barba, Debate, Madrid, 1987.
- Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986.
- La Constitución española de 1978 : un estudio de derecho y política*, Fernando Torres, Valencia, 1981.

*La elaboración de la Constitución de 1978*, CEC., Madrid, 1988.

Pérez Luño, A.:

*Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1984.

*Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984.

Pérez Royo, J.:

*La reforma de la Constitución*, Publicaciones Cortes Generales, Madrid, 1987.

Pérez Serrano, N.:

*La noble obra de un gran juez (J. Marshall)*, Real Academia de Ciencias Morales y Política, Madrid, 1935.

Petta, Paolo:

*Ideología constitucional de la izquierda italiana (1892-1974)*, Ed. Blume, Barcelona, 1978.

*Il sistema federale austriaco*, A. Giuffrè, Milán, 1980.

Pico, J.:

*Teorías sobre el Estado de Bienestar*, Siglo XXI, Madrid, 1987.

Piñar Mañas, J.L.:

*Las relaciones entre el Estado y las regiones. La experiencia italiana*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1988.

Polanyi, K.:

*La gran transformación crítica del liberalismo económico*, Madrid, 1989.

Poulantzas, N.:

*Estado, poder y socialismo*, Siglo XXI, Madrid, 1979.

*Pouvoir politique et classes sociales de l'état capitaliste*, Maspero, París, 1968.

*Fascismo y dictadura. La III Internacional frente al fascismo*, 8ª ed. Siglo XXI, Madrid, 1980.

- Poullain, B.:  
*La pratique française de la justice constitutionnelle*, Presses Universitaires, Paris, 1990.
- Puig Brutau, J.:  
*La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Bosch, Barcelona, s.f.
- Requejo Pages, J.L.:  
*Jurisdicción e independencia judicial*, CEC, Madrid, 1989.
- Rivero, J.:  
*Le Conseil constitutionnel*, Presses Universitaires d'Aix Marseille, Paris, 1988.
- Robson, W.:  
*Welfare State, and Welfare Society*, Allan and Unwin, London, 1976.
- Rogel Vidal, C.:  
*Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Studia Albornotiana, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1985.
- Rodríguez Ibañez, J.B.:  
*Después de una dictadura : cultura autoritaria y transición política*, CEC, Madrid, 1987.
- Rodríguez Paniagua, J.M.:  
*Historia del pensamiento jurídico*, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1984.
- Ley y Derecho. Interpretación de la ley*, Tecnos, Madrid, 1976.
- Derecho y sociedad*, Tecnos, Madrid, 1976.
- Rodríguez Piñero, M., Fernández López, M.F.:  
*Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.
- Rogel Vidal, C.:  
*Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Studia Albornotiana, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1985.

Roiz, J.:

*Ciencia política, hoy*, Teide, Barcelona, 1982.

Rosenberg, A.:

*Geschichte der Weimarer Republik*, Europäische Verlaganstalt, Frankfurt, 1971.

Rubio Llorente, P.:

"La Constitución como fuente de Derecho", en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, editorial IEE, Madrid, 1979.

Rubio Llorente, P. y Aragón Reyes, M.:

"La jurisdicción constitucional", en *La Constitución Española de 1978*, (Predieri y Gª Enterría), Ed. Civitas, Madrid, 1980.

Ruiz Lapaña, R.:

"El Tribunal Constitucional", en *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Ed. preparada por Manuel Ramírez, Fac. de Derecho, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1979.

Sagnac, P.:

*La fin de l'Ancien Régime et la Revolution americaine (1763-1789)*, 2ª ed., Presses Universitaires de France, paris, 1952.

San José, B.:

*Democracia e igualdad de derechos laborales de la mujer*, Instituto de la Mujer, Ministerio de Asuntos Sociales, 2ª ed., Madrid, 1990.

Sánchez de la Torre, :

*Teoría jurídica de los Derechos Humanos*, I.E.P., 1972.

Sánchez Morón, M.:

*El recurso de amparo constitucional*, C.E.C., Madrid, 1988.

Schmitt, K.:

*La defensa de la Constitución*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1983.

*La dictadura*, Ediciones Revista de Occidente, Madrid, 1968.

- Schwartz, P.:  
*Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*, ed. Cívitas, Madrid, 1980.
- Shapiro, M.:  
*Freedom of Speech : The Supreme Court and Judicial Review*, Englewood Cliffs, N.J. Prentice Hall, 1966.
- Shubert, G.:  
"Judicatura : Comportamiento judicial", *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, Ed. Aguilar, Madrid, 1975.
- Sigmann, :  
1948. *Las revoluciones románticas y democráticas de Europa*, Siglo XXI, 1977.
- Simón, D.:  
*La independencia del juez*, Ed. Ariel, Barcelona, 1985.
- Soboul, A.:  
*Historie de la Révolution française*, Gallimard, I. Paris, 1983.
- Stucka, P.I.:  
*La función revolucionaria del Derecho y del Estado*, Península, Barcelona, 1974.
- Sturmthal, A.:  
*The tragedy of European Labour*, Nueva York, 1943.
- Tannenbaum, E.R.:  
*La experiencia fascista, Sociedad y cultura en Italia (1922-1945)*. Alianza editorial, Madrid, 1975.
- Tasca, A.:  
*El nacimiento del fascismo*, Ariel, Barcelona, 1969.
- Terol Becerra, M.J.:  
*El Consejo General del Poder Judicial*, CEC, Madrid, 1989.
- Tierno Galván, E.:  
*Cabos sueltos*, Bruguera, Barcelona, 1981.
- Tradición y modernismo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1962.

Toharia, J.J.:

*¡Pleitos tengas! ... Introducción a la cultura legal española*, CIS, Siglo XXI, Madrid, 1987.

*Cambios recientes en la sociedad española*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1989.

*El juez español. Un análisis sociológico*, Ed. Tecnos, Madrid, 1975.

Tomás y Valiente, F.:

*El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1988.

Tomas Villarroya, J.:

"El Tribunal Constitucional en el Anteproyecto de Constitución", en *Estudios sobre el Proyecto de Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978.

*Breve historia del constitucionalismo español*, CEC, Madrid, 1987.

Torres del Moral, A.:

*Principios de Derecho Constitucional Español*, Ediciones Atomo, Madrid, 1985.

Troper, M.:

*La separación des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ, Paris, 1980.

Trujillo, G.:

*El Tribunal Constitucional italiano*, (Aspectos socio-políticos de su proceso configurador). Anales de la Universidad de la Laguna, Facultad de Derecho, La Laguna, 1967.

Truyol Serra, A.:

*Los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1968.

Tuñón de Lara, M.:

*La España del siglo XX*, Ed. Laia, Barcelona, 1978.

Tunc, A.:

*El Derecho en Estados Unidos*, Oikos-Tau, Barcelona, 1971.



- Vázquez del Mercado, O.:  
*El control de constitucionalidad de las leyes*,  
Porrúa, México, 1978.
- Vedel, G.:  
*La despolitización*, Tecnos, Madrid, 1973.
- Vega, P. de:  
*La Reforma Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1985.  
  
*La Reforma Constitucional y la problemática del poder  
constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985.
- Warren, Ch.:  
*The Supreme Court in the United States History*,  
Little Brown, Boston, 1932.
- Weber, M.:  
*Economía y sociedad*, 2 Vols., 2ª ed., Fondo de  
Cultura Económica, México, 1964.  
  
*Historia económica general*, Fondo de Cultura  
económica, México, Buenos Aires, 5ª ed. 1983.
- Wheare, K.C.:  
*Las constituciones modernas*, Nueva Colección Labor,  
Barcelona, 1971.
- Wolfe, A.:  
*Los límites de la legitimidad. Las contradicciones  
políticas del capitalismo contemporáneo*, Ed. Siglo  
XXI, México, 1980.
- Zagrebelsky, G.:  
*La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bolonia,  
1977.
- Zannotti, F.:  
*La magistratura, un grupo di pressione istituzionale  
: l'autodeterminazione delle retribuzioni*, Padova,  
1989.

DOCUMENTOS POLITICOS Y COLECCIONES LEGISLATIVAS

Almagro Nosete, J.:

*Justicia constitucional. (Comentarios a la Ley Organica del Tribunal Constitucional)*, Valencia, 1989.

Associazione Italiana di Diritto Comparato, *Rapports nationaux italiens au Congres XI international de droit comparé*, Caracas, 1982), Giuffrè, Milán, 1982.

Azara, A. y Eula, E.:

*Novissimo digesto italiano*, Utet, Turin, 1957-1975, 20 vols.

Beltrán, M. et al.:

*Informe sociológico sobre la juventud española, 1960-1982*, SM., Madrid, 1984.

Carullo, V.:

*La Costituzione della Repubblica italiana. Illustrata con i lavori preparatori*, Vol. I.V.P.E.B. del dottore C. Zuiffi, Bologna, 1948.

*Constitución española. Trabajos parlamentarios*. Servicios de Estudio y Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 1980, (4 vols.).

*Colección legislativa. Constitución española, 1978-1988*, Obra dirigida por Luis Aguilar de Luque y Ricardo Blanco Canales, 3 v., C.E.C., 1988.

*Constituciones españolas*. Edición de la Secretaría de las Cortes, Madrid, 1977.

*Constituciones y Leyes Fundamentales de España, (1808-1947)*, Ed. preparada por A. Padilla Serra. Prólogo de Luis Sánchez Agesta, Universidad de Granada, 1954.

*Convenios internacionales suscritos por España que afectan a las mujeres*, (Comp. Monserrat Fernández Loaysa), Instituto de la Mujer, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1990.

Daranas Paláez, M.:

*Las Constituciones europeas*, Ed. Nacional, Madrid, 1979.

*Derechos humanos. Recopilación de instrumentos internacionales.* Naciones Unidas, N.Y., 1978, 2 k. Vasask (ed.) Edición española: Las dimensiones internacionales de los Derechos del Hombre, UNESCO, 1978, 3.B.G.

*Documenti ufficiali,* ed. Por la Secretaría del C.L.N.A.I., Milán, 1948.

*Documentos constitucionales y textos políticos.* Ed. preparada por Luis Sánchez Agesta, Ed. Nacional, Madrid, 1962.

Donoso Cortés, J.:

*Proyecto de Ley sobre estados excepcionales, presentada en las últimas Cortes...* en Obras, ed. Tejado, Madrid, 1904.

Blia, L. y Guarino, G.:

*Codice Costituzionale della Repubblica italiana,* Giuffrè, Milán, 1974, 2 vols.

*Estatuto de los Trabajadores. Texto y comentario breve,* Ed. Civitas, Madrid, 1980.

*Estatuto de los Trabajadores : toda la doctrina y la jurisprudencia.* Compilación de Emilio Torres Gallego, Aranzadi, Pamplona, 1987.

Falzone, V., Palermo, P. y Cosentino, P.:

*La Costituzione italiana illustrata con i lavori preparatori,* Ed. Oscar, Studio Mondadori, Milán, 1980.

Gallego Anabitarte, A.:

*Leyes constitucionales y administrativas de España,* Madrid, 1988, 2 vols.

Juan Pablo II:

"Discurso a los juristas católicos", en *Juan Pablo II y el orden social*, EUNSA, Pamplona, 1981.

La Torre, M.:

*Codice costituzionale del Regno d'Italia.* Stamperia reale, Roma, 1940.

*Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial. Trabajos parlamentarios.* Cortes Generales, Madrid, 1980.

Morris, R.:

*Documentos fundamentales de la Historia de los Estados Unidos de América*, Editorial Libreros Mexicanos Unidos, S.A. México, 1962.

*Mujer e Igualdad de oportunidades en el empleo. Seminario celebrado en la U.I.N.P. (Santander), del 7 al 11 de septiembre de 1987*. Instituto de la Mujer, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1988.

*Plan para la igualdad de oportunidades de las mujeres, 1988-1990*. Instituto de la Mujer. Ministerio de Asuntos Sociales. Madrid, 1990.

Pérez Serano, M. y González Posada, C.:

*Constituciones de Europa y América*, 2 tomos, L. Victoriano Suarez, Madrid, 1927.

Prothero, G.W.:

*Select Statutes and other Constitutional Documents Illustrative of the Reign of Elizabeth and James I.*, Oxford, 1913.

*Reforma Constitucional. Proyecto de Ley para la Reforma Política*, Madrid, 1976 (Presidencia del Gobierno).

*Reglamentos (del Congreso de los Diputados y de las Cortes*, Edición de la Secretaría de las Cortes, 1977.

*Report of Committee on Social Insurance and Allied Services*, 1942. (Beveridge Report), Memorandum of Evidence. Parliamentary Papers (1942-43), Vols. 6.

Sainz de Baranda, M.:

*Colección de Leyes fundamentales*, Zaragoza, Acribia, 1957.

Sevilla Andrés, D.:

*Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*, Editora Nacional, 1969.

Solé Tura, J. y Aja, E.:

*Constituciones y periodos constituyentes en España (1808-1936)*, Siglo XXI, Madrid, 1978.

*Speeches and Documents in American History*, Selected and edited by R. Birley, Oxford, 1944.

*Textos básicos sobre los Derechos Humanos*, Ed. preparada por Gregorio Peces-Barba. Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1973.

Tierno Galván, E.:  
*Leyes Políticas Fundamentales (1808-1936)*. Madrid, Tecnos, 1968.

*The Declaration of Independence of the United States*, Y.C. Becker, New York, 1940.

Togliatti, P.:  
*Discorsi a la costituente*, Ed. Riuniti, Roma, 1973.

Tomás y Valiente, F.:  
*Códigos y Constituciones (1808-1978)*, Ed. Alianza, Madrid, 1989.

#### JURISPRUDENCIA

Aguilar de Luque, L.:  
"Balance estadístico de cinco años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, nº 50, mayo-abril, 1986.

Aja, E.:  
*Lecturas de jurisprudencia constitucional*, PPU, Barcelona, 1988.

*Manual de Jurisprudencia Constitucional*, Cívitas, Madrid, 1990.

Alonso Olea, M.:  
*Jurisprudencia constitucional sobre el trabajo y seguridad social*, Cívitas, Madrid, 1984.

Aragón, M.:  
"La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre las autonomías territoriales", *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 10, II, sept.-dic., 1984, pág. 35.

Arozamena Sierra, J.:  
"Valor de la jurisprudencia constitucional", en *La Constitución española y las fuentes del derecho*, IEF, Vol. 7, Madrid, 1979.

Cano Mata, A.:

*Sentencias del Tribunal Constitucional sistematizadas y comentadas*, Tomo I, 1981, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982.

*Sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1989.

Círculo de Empresarios:

"Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el contenido económico-social de la Constitución", *Boletín del Círculo de Empresarios*, nº 20, 1983.

Cruz Villalón, P.:

"La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Autonomías Territoriales", *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, (Actas del VI Congreso de Ciencia Política y Derecho Constitucional), Abril-Agosto, 1988, nº 3 y 4, Toledo.

Domianello, S.:

*Giurisprudenza Costituzionale e fattore religioso: Le pronunce della Corte Costituzionale in materia ecclesiastica (1957-1986)*, Giuffrè, Milán, 1987.

Durán López, F.:

"El régimen legal de la huelga tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981", *Revista de Política Social*, nº 134, 1981.

Embid Irujo, A.:

"El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado", Dirección General de lo Contencioso del Estado, *El Tribunal Constitucional*, Vol. I, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981.

*Los principios de la jurisprudencia ordinaria sobre la enseñanza tras la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la LODE*, CEC, 1983.

*Jurisprudencia Constitucional. Sobre Autonomías territoriales e Instituciones Públicas*, 1983-1984. Generalitat Valenciana, Valencia, 1985. (Recopilado por Antoni Vallés y E. Díaz de Líaño).

*Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 25 años de Jurisprudencia 1959-1983*. Boletín de Jurisprudencia Constitucional, Madrid, 1988.

*Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional.* Aranzadi, Pamplona, 1983-85.

*Jurisprudencia Constitucional y relaciones laborales.* Departamento del Derecho del Trabajo. Universidad Complutense, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1983.

Martín Mateo, R.:

"Jurisprudencia ambiental del Tribunal Supremo español desde el cambio político", *RAP*, nº 108, 1986.

Palomeque López, M.C.:

*Despidos discriminatorios y libertad sindical en torno a la sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de noviembre de 1981.* Civitas, Madrid, 1983.

Parras Nadales, A.:

"El Consejo General del Poder Judicial, según la STC 108/1986, de 29 de julio, sobre la Ley Orgánica del Poder Judicial, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 19, 1987.

Rayón Suárez, E.:

"Alcance de la consagración constitucional del derecho de huelga: la doctrina del Tribunal Supremo", *Civitas, REDT*, nº 4, diciembre, 1980.

*Tribunal Constitucional. Jurisprudencia sistematizada, 1980-1987.* (Ed. preparada por M. Montoro, F.H. Tejedor y R. Gómez Villamón), Secretaría General del Congreso de Diputados, Madrid, 1988.

*Tribunal Constitucional. Jurisprudencia sistematizada, 1981-87.* (Ed. preparada por Diego López Garrido). Secretaría General del Consejo de Diputados, Madrid, 1988.

Villa Gil, L.E. y Tudela Cambroner, G.:

*Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales.* (Selección de sentencias), Madrid, 1990.